Die Auswirkung der Konkurseröffnung und des Veräußerungsverbots nach § 106 I 3 KO auf den Grundbuchverkehr

---

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät

der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

vorgelegt von Richterin

Margot Bock

aus Bergisch-Gladbach

1980

Die Auswirkung der Konkurseröffnung und des Veräußerungsverbots nach § 106 I 3 KO auf den Grundbuchverkehr

---

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät

der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

vorgelegt von Richterin

Margot Bock

aus Bergisch-Gladbach

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Dekan: Professor Dr. Jakobs

Erstberichterstatter: Professor Dr. Gaul
Zweitberichterstatter: Professor Dr. Gerhardt

Tag der mündlichen Prüfung: 14. November 1980

Gliederung

Einleitung 1

1. Teil: Die Konkurseröffnung im Grundbuchverkehr

I. Die Auswirkung der Konkurseröffnung auf den Eintragungsantrag 3

1. Antragstellung nach Konkurseröffnung

a) Die Auswirkung der Konkurseröffnung auf die Antragsberechtigung

b) Die Auswirkung der Konkurseröffnung auf die Verfahrensfähigkeit 5

c) Zur Anwendung des § 7 KO auf den Antrag 6

d) Die Auswirkung der Konkurseröffnung auf die Antragsbefugnis 8

e) Die Zulässigkeit des notariellen Antrags 9

2. Antragstellung vor Konkurseröffnung 12

a) Bedeutung der §§ 15 KO, 878 BGB für die Zulässigkeit des Antrags

b) Die Möglichkeit der Antragsrücknahme 14

II. Die Auswirkung der Konkurseröffnung auf die Bewilligungsberechtigung 17

III. Die Auswirkung der Konkurseröffnung auf die Verfügungsbefugnis des Gemeinschuldners 2o

1. Die Prüfungspflicht des Grundbuchamts bezüglich der Verfügungsbefugnis des Bewilligenden bzw. Auflassenden

a) Allgemeine Grundsätze der Prüfungspflicht 21

b) Bedeutung der Verfügungsbefugnis für die Wirksamkeit der Rechtsänderungsbewilligung 24

c) Bedeutung der Verfügungsbefugnis für die Wirksamkeit der Berichtigungsbewilligung 27

2. Der Streit um die Wirkung der Konkurseröffnung auf die Verfügungsbefugnis 29

a) Die Konkurseröffnung als relative Verfügungsbeschränkung 3o

b) Die Konkurseröffnung als Entzug der Verfügungsmacht 32

c) Die Einordnung der durch die Konkurseröffnung eintretenden Unwirksamkeit 35

aa) als sachlich beschränkte relative Unwirksamkeit

bb) als absolute Unwirksamkeit 36

cc) als schwebende Unwirksamkeit 37

3. Die Wirksamkeit einer nach Konkurseröffnung erklärten Auflassung bzw. Bewilligung 4o

4. Die Wirksamkeit einer vor Konkurseröffnung erklärten Auflassung bzw. Bewilligung 41

a) Die Bedeutung des § 15 KO 42

b) Die Bindung nach §§ 878, 873 II BGB 44

5. Die Briefaushändigung nach Konkurseröffnung 48

IV. Die Verwertung von amtlicher oder privater Kenntnis von der Konkurseröffnung bei der Entscheidung des Grundbuchrechtspflegers 51

1. Beibringungsgrundsatz und Legalitätsprinzip im Grundbuchverfahren 54

2. Die Anwendung der zivilrechtlichen Beweislastregeln im Grundbuchverkehr 58

V. Die Verhinderung gutgläubigen Erwerbs durch das Grundbuchamt 61

VI. Die Entscheidung des Grundbuchamts nach § 18 GBO 67

1. Die Kriterien für die Wahl zwischen Zurückweisung und Zwischenverfügung 68

2. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs im Grundbuchrecht und seine Auswirkung auf die Entscheidung des Grundbuchamts 7o

3. Die Heilungsmöglichkeit durch Genehmigung des Konkursverwalters 72

VII. Ergebnis 77

2. Teil: Das Veräußerungsverbot nach § 1o6 I 3 KO im Grundbuchverkehr 79

I. Die Auswirkung des Veräußerungsverbots auf die Verfügungsmacht des Schuldners 8o

1. Die Auffassung des Gesetzgebers und der herrschenden Meinung

2. Die neue Ansicht von der absoluten Wirkung des allgemeinen Veräußerungsverbots 81

3. Argumente gegen die neue Ansicht 83

a) Die Auslegung des Begriffs "Allgemeines Veräußerungsverbot"

b) Vergleich mit dem allgemeinen Veräußerungsverbot der VglO 86

c) Kein Entzug der Verfügungsbefugnis im Konkurseröffnungsverfahren 87

d) Keine Geltendmachung der Unwirksamkeit vor Konkurseröffnung 89

e) Kein Zwang zur Neuinterpretation 91

II. Die Auswirkung des Veräußerungsverbots auf die Eintragungsvoraussetzungen 93

1. Auswirkung auf die Antragsbefugnis

2. Auswirkung auf die Bewilligungsbefugnis 94

3. Auswirkung auf die Eintragungserklärungen 95

III. Die Löschung eines schuldnereigenen Rechts nach Eintragung des Veräußerungsverbots 96

IV. Die Behandlung von Eintragungsanträgen vor Eintragung des Veräußerungsverbots 99

1. Die Behandlung von Anträgen auf Übertragung, Belastung und Veränderung

2. Die Behandlung von Löschungsanträgen 1o4

V. Die Entscheidung des Grundbuchamtes nach § 18 GBO 1o5

VI. Ergebnis 1o8

Literaturverzeichnis

Arnheim — Grundbuchrecht
Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des Bürgerlichen Gesetzbuchs und zur Grundbuchordnung Bd. II Grundbuchordnung, 2. Aufl. Berlin 1913

Arndt — Bundesnotarordnung
Köln, Berlin, Bonn, München 1974

Arnold — Probleme einer Konkursreform
Rpfleger 1977, 385 ff.

Bärmann — Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notarrecht
Berlin, Heidelberg, New York 1968

Baumann — Konkurs und Vergleich
Bielefeld 1976

Baur — Freiwillige Gerichtsbarkeit
Tübingen 1955

Baur — Grundbegriffe der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1973

Baur — Der Anspruch auf rechtliches Gehör
AcP 153, 393 ff.

Baur — Lehrbuch des Sachenrechts
1o. Aufl. München 1978

Baur — Zivilprozeßrecht
2. Aufl. Frankfurt 1978

Becker-Berke — Weisungen für den Urkundenvollzug
DNotZ 1959, 516 ff.

Beer	Die relative Unwirksamkeit Berlin 1975
Bender	Zur Methode der Rechtsfindung bei der Auslegung und Fortbildung gesetzten Rechts JZ 1957, 593 ff.
Berges	Dynamische Sanierung Beilage 5 zu Heft 15 BB 1978
Bettermann	Die freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung in:Festschrift für Friedrich Lent S. 17 ff., München und Berlin 1957
Bley	Die Haftung des Gemeinschuldners für Masseansprüche ZZP 62, 111 ff.
Bley/Mohrbutter	Vergleichsordnung 1. Bd. 4. Aufl., Berlin, New York 1979
Bleyer	Konkursordnung 3. Aufl., München, Berlin und Leipzig 1928
Böhle-Stamschräder	Konkursordnung 12. Aufl., München 1976
Böhle-Stamschräder	Vergleichsordnung 9. Aufl., München 1977
Böhringer	Prinzipien des § 878 BGB und Antragsberechtigung des nachmaligen Gemeinschuldners BWNotZ 1979, 141 ff.
Bötticher	Die Konkursmasse als Rechtsträger und der Konkursverwalter als ihr Organ ZZP 77, 55 ff.

Brüggemann	Iudex statuor und iudex investigator Bielefeld 1968
Bruns	Zivilprozeßrecht 2. Aufl. München 1979
du Chesne	Die Prüfungstätigkeit des Grundbuchrichters RheinZ 5. Jg., 2o6 ff.
Derleder	Zur Bedeutung der Aushändigungsabrede nach § 1117 Abs. II BGB bei der Übertragung der Briefgrundpfandrechte DNotZ 1971, 272 ff.
Eccius	Relative Nichtigkeit von Verfügungen des Gemeinschuldners und der Erben GruchBeitr. 5o, 481
Eickmann	Konkurseröffnung und Grundbuch Rpfleger 1972, 77 ff.
Eickmann	Das allgemeine Veräußerungsverbot nach § 1o6 KO und sein Einfluß auf das Grundbuch- Vollstreckungs- und Zwangsversteigerungsverfahren KTS 1974, 2o2 ff.
Eickmann	Grundbuchverfahrensrecht Bielefeld 1978
Eickmann	Allgemeine Geschäftsbedingungen und Freiwillige Gerichtsbarkeit Rpfleger 1978, 1 ff.
Eickmann	Die Gewinnung der Entscheidungsgrundlagen im Grundbuchverfahren Rpfleger 1979, 169 ff.
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 2. Halbband 15. Aufl., Tübingen 196o

Entwurf einer Grundbuchordnung für das Gebiet des Norddeutschen Bundes, Berlin 1868

Entwurf einer Vergleichsordnung nebst Einführungsgesetz und Begründung veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium Berlin 1933

Erman — Handkommentar zum BGB, 6. Aufl., Münster 1975

Ertl — Rechtsnatur und Bedeutung der Eintragungsbewilligung, DNotZ 1964, 26o ff.

Ertl — Wirksamkeit und Widerruf der Eintragungsbewilligung, DNotZ 1967, 339 ff.

Ertl — Probleme der Weisung zur Erteilung von Ausfertigungen, DNotZ 1967, 562 ff.

Ertl — Muß das Grundbuchamt gutgläubigen Erwerb aus der Konkursmasse verhindern ?, MittBayNotK 1975, 2o4 ff.

Ertl — Antrag, Bewilligung und Einigung im Grundstücks- und Grundbuchrecht, Rpfleger 198o, 41 ff.

Fahland — Das Verfügungsverbot nach §§ 135, 136 BGB in der Zwangsvollstreckung und seine Beziehung zu den anderen Pfändungsfolgen, Berlin 1976

Flume — Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd. Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl. Berlin, Heidelberg, New York 1979

Förster	Zur Auslegung des § 892 BGB Das Recht 19o3, 351 ff.
Fricke	Zur Prozeßführungsbefugnis des Sequesters gemäß § 1o6 KO MDR 1978, 99 ff.
Fuchs-Arnheim	Grundbuchrecht Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des BGB und zur Grundbuchordnung Bd. II Formelles Grundbuchrecht, Berlin 19o8
Gaul	Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses AcP 168, 27 ff.
Gerhardt	Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung Göttingen 1969
Gerhardt	Insolvenzverfahren und Einzelzwangsvollstreckung in: Einhundert Jahre Konkursordnung 1877 - 1977, S. 111 ff. Köln, Berlin, Bonn, München 1977
Gerhardt	Absolute und relative Unwirksamkeit als rechtliches Steuerungsinstrument im Insolvenzfall in: Festschrift für Werner Flume zum 7o. Geburtstag Bd. I, S. 527 ff. Köln 1978
Goldschmidt	Der Prozeß als Rechtslage Aalen 1962, Neudruck der Ausgabe Berlin 1925
Güthe	Die Rechtsnatur der Berichtigungsbewilligung ZBlfG 13, 125 ff., 167 ff.

Güthe-Triebel	Grundbuchordnung 6. Aufl. Berlin 1936
Habscheid	Freiwillige Gerichtsbarkeit 6. Aufl., München 1977
Habscheid	Die Entscheidung des Grundbuchamts nach § 18 GBO NJW 1967, 225 ff.
Haegele	Grundbuchrecht 6. Aufl., München 1979
Haegle	Konkurseröffnung und Grundstückskaufvertrag KTS 1968, 157 ff.
Haegele	Konkurs, Vergleich, Gläubigeranfechtung 3. Aufl., Herne/Berlin 1972
Haegele	Zum Antragsrecht des Notars in Grundbuchsachen Rpfleger 1974, 417 ff.
Häsemeyer	Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte Göttingen 1971
Hahn	Die gesamten Materialien zur Konkursordnung 1877 Berlin 1881
Heck	Grundriß des Sachenrechts Aalen 196o, Neudruck der Ausgabe Tübingen 193o
Heidecker	Zum Wesen der Eintragungsbewilligung des Grundbuchrechts ZBlfG 13, 6o9 ff.
Heilfron/Pick	Lehrbuch des Konkursrechts 2. Aufl., Berlin 1913
Hellwig	System des deutschen Zivilprozeßrechts Teil 1 Aalen 1968, Neudruck der Ausgabe Leipzig 1912

Henckel	Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß Heidelberg 1961
Herold	Wie wirken im Grundbuchrechte die Verfügungsbeschränkungen zugunsten bestimmter Personen ? Sächs.Arch.f.Rpfl. 1906 1. Jg., S. 481 ff.
Hesse-Saage-Fischer	Grundbuchordnung 4. Aufl., Berlin 1957
Horber	Grundbuchordnung 14. Aufl., München 1977
Jaeger	Konkursordnung 8. Aufl., Berlin, New York 1973
Jaeger	Konkursordnung 9. Aufl., 1. Lieferung §§ 1 - 9 Berlin, New York 1977 9. Aufl., 2. Lieferung §§ 10 - 18 Berlin, New York 1980
Jansen	Freiwillige Gerichtsbarkeit 2. Aufl., Berlin 1969
Jansen	Wandlungen im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit Tübingen 1964
Jauernig	Zivilprozeßrecht 18. Aufl., München 1977
Josef	Der Einfluß des Konkurses auf das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit LZ 1909 Sp. 829 f.
Keidel/Kuntze/Winkler	Freiwillige Gerichtsbarkeit 11. Aufl., München 1978

Kiesow	Vergleichsordnung 4. Aufl., Mannheim,Berlin,Leipzig 1932
Kilger	Der Konkurs des Konkurses KTS 1975, 142 ff.
Kilger	Die Reformbedürftigkeit des Konkurs- und Vergleichsrechts ZRP 1976, 19o ff.
Kilger	Probleme der Sequestration im Konkurseröffnungsverfahren in: Einhundert Jahre Konkursordnung 1877 - 1977, S. 189 ff.
Knöchlein	Grundstückskauf und Konkurs DNotZ 1959, 3 ff.
Knoke	Zur Lehre vom relativen Veräußerungsverbot in: Festgabe für Güterbock, Berlin 191o, S. 4o1 ff.
Kohler	Leitfaden des Deutschen Konkursrechts 2. Aufl., Stuttgart 19o3
Kretzschmar	Zwei Fragen aus dem Grundbuchrechte ZBlfG 2, 812 ff.
Kretzschmar	Kann die sich aus den Grundakten ergebende Unrichtigkeit des Grundbuchs ein Eintragungshindernis bilden ? GruchBeitr. 49, 1 ff.
Kriener	Zur Eintragungsbewilligung des § 19 GBO ZBlfG 15, 238 ff.
Kuntze/Ertl/Herrmann/ Eickmann	Grundbuchrecht 2. Aufl., Berlin, New York 1979

Landauer	Über die sogenannte Berichtigungsbewilligung ZBlfG 13, 745 ff., 777 ff.
Lange-Köhler	BGB, Allgemeiner Teil 16, Aufl., München 1977
Larenz	Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts; Ein Lehrbuch 3. Aufl., München 1975
Lehmann-Hübner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches 16. Aufl., Berlin 1966
Lutter	Die Grenzen des sogenannten Gutglaubenschutzes im Grundbuch AcP 164, 122 ff.
Maunz-Dürig-Herzog	Grundgesetz Kommentar, Stand August 1979, München
Meikel-Imhof-Riedel	Grundbuchrecht 6. Aufl., Berlin 1965
Mentzel-Kuhn-Uhlenbruck	Konkursordnung 9. Aufl., München 1979
Meyer-Stolte	Vinkulierung der Gesamtvermögensgeschäfte FamRZ 1959, 228 ff.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches	Amtliche Ausgabe, Berlin 1888
Motive zu dem Entwurfe einer Grundbuchordnung und zu dem Entwurfe eines Gesetzes betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen,	Amtliche Ausgabe Berlin 1889
Müller	Die Bedeutung des § 878 BGB für die Abwicklung des Grundstückskaufvertrages im Konkurs des Verkäufers JZ 1980, 554 ff.
Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch	Bd. 1 Allgemeiner Teil, Bd. 5 Familienrecht München 1978

Oberneck	Das Reichsgrundbuchrecht 4. Aufl., Berlin 1909
Oberneck	Über das Prüfungsrecht und die Prüfungspflicht des Grundbuchrichters Seufferts Bl. 72, 409 ff.
Pagenstecher-Grimm	Der Konkurs 4. Aufl., München 1968
Palandt	BGB 39. Aufl., München 1980
Planck	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch III. Band, 1. Hälfte 5. Aufl., Berlin und Leipzig 1933
Predari	Zur Frage der Sperre des Grundbuchs durch die Konkurseröffnung LZ 1907, Sp. 454 ff.
Preußische Grundbuchgesetzgebung, Die, Textausgabe mit Anmerkungen von Dr. Otto Fischer	3. Aufl., Berlin 1895
Raape	Das gesetzliche Veräußerungsverbot des bürgerlichen Gesetzbuchs Berlin 1908
Rahn	Hat § 892 Abs.2 BGB Bedeutung für das Grundbuchverfahren ? Die Justiz 1966, 258 ff.
Rahn	§ 878 BGB aus grundbuchrechtlicher Sicht BWNotZ 1967, 269 ff.

RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofs 12. Aufl., Berlin, New York 1979
Riedl	Prüfungsrecht und Prüfungspflicht des Grundbuchbeamten BlGBW 1966, 221 ff.
Riedl	Prüfungsrecht und Prüfungspflicht im Grundbuchwesen Diss. Köln 1962
Ripfel	Das Prüfungsrecht des Grundbuchrichters bei Grundstückserwerb durch Ehegatten in einer Gütergemeinschaft DFG 1937, 239 ff.
Ripfel	Die Bedeutung der Güterstände im Beurkundungs- und im Grundbuchverfahren Die Justiz 1966, 49 ff.
Röhl	Das rechtliche Gehör NJW 1964, 273 ff.
Rosenberg	Die Beweislast 5. Aufl., München und Berlin 1965
Rosenberg-Schwab	Zivilprozeßrecht 12. Aufl., München 1977
v. Rozycki-v. Hoewel	Das Grundbuchrecht Berlin 1934

Ruhwedel	Grundlagen und Rechtswirkungen sogenannter relativer Verfügungsverbote JuS 198o, 161 ff.
v. Sarwey-Bossert	Die Konkursordnung 4. Aufl., Berlin 19o1
Scheyhing	Anm. zu LG Würzburg JZ 1975, 287 ff.
Schlegelberger	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit 7. Aufl., Köln, Berlin 1956
Schmidt, Friedrich	Inhaltskontrolle und Grundbuchverfahrensrecht MittRhNotK 1978, 89 ff.
Schöller	Die grundbuchrechtliche Bedeutung des Konkursvermerks DJZ 19o2, 165
Schönfeld	Nochmals: Wie wirkt sich die entsprechende Anwendung des § 878 BGB auf die Bewilligung einer Vormerkung aus ? NJW 1969, 1417 f.
Schönke-Baur	Zwangsvollstreckungs,- Konkurs- und Vergleichsrecht 1o. Aufl., Heidelberg, Karlsruhe 1978
Seuffert	Deutsches Konkursprozeßrecht Leipzig 1899
Seybold-Hornig	Bundesnotarordnung 5. Aufl. München 1976

Soergel	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd.1 Allgemeiner Teil Bd.5 Sachenrecht 11. Aufl., Stuttgart,Berlin,Köln,Mainz 1978
Staudinger	Bd. III Sachenrecht 11. Aufl., Berlin 1956
Staudinger	§§ 9o - 24o 12. Aufl., Berlin 1979
Stein-Jonas	Kommentar zur ZPO 19. Aufl., Tübingen 1972
Steiner-Riedel	Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung Bd. III 8. Aufl., Berlin 1976
Strohal	Über relative Unwirksamkeit Sonderdruck aus der Festschrift zur Jahrhundertfeier des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches Wien 1911
Thieme	Grundbuchordnung 4. Aufl., Celle 1955
v. Tuhr	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II. Bd. 1. Hälfte Berlin 1957, Nachdruck der 1.Aufl. 1914
Vassel	Das Grundbucheintragungsverfahren und die materielle Richtigkeit des Grundbuchs Diss. Marburg 197o
Voss	Die Sperrwirkung des Konkursvermerks ZBlfG 8, 569 ff.

Weber	Zur Problematik der Prozeßführung des Konkursverwalters KTS 1955, 1o2 ff.
Weber	Die Grenzen des grundbuchrichterlichen Prüfungsrechts GruchBeitr. 53, 352 ff.
v. Weber, H.	Die Prüfung von Amts wegen BuschsZ 57, 91 ff.
Westermann	Sachenrecht 5. Aufl., Karlsruhe 1966
Wörbelauer	Die "Valutierung" der Grundpfandrechte und der Auftrag des Geldgebers an den Notar DNotZ 1965, 518 ff.
Wolff, Th.	Konkursordnung Berlin 19oo
Wolff-Raiser	Sachenrecht, 1o. Bearb. Tübingen 1957
Zeller	Zwangsversteigerungsgesetz 1o. Aufl., München 1979
Zunft	Tritt bei § 7 KO relative oder absolute Unwirksamkeit ein ? NJW 1956, 735 ff.

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
Anm.	Anmerkung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BB	Betriebsberater
Bem.	Bemerkung
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BlGBW	Blätter für Grundstücks- Bau- und Wohnungsrecht
BuschsZ	Zeitschrift für Zivilprozeß begründet von Busch
BWNotZ	Baden-Württembergische Notarzeitschrift
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DFG	Deutsche freiwillige Gerichtsbarkeit
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
DNotV	Zeitschrift des Deutschen Notarvereins
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fn.	Fußnote
GBVfg	Allgemeine Verfügung über die Einrichtung und Führung des Grundbuchs
Grdz	Grundzüge
GruchBeitr.	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts begründet von Gruchot
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts
JuS	Juristische Schulung
Die Justiz	Amtsblatt des Justizministeriums Baden-Württemberg
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KEHE	Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann Grundbuchrecht

KG	Kammergericht
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen
KTS	Konkurs- Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
LZ	Leipziger Zeitschrift für Handels- Konkurs- und Versicherungsrecht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MIR	Meikel-Imhof-Riedel
MittBayNotK	Mitteilungen der Bayerischen Notarkammer
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
Rdn.	Randnummer
Recht	Das Recht begründet von Soergel
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RheinZ	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht
RJA	Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts zusammengestellt im Reichsjustizamt
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
Sächs Arch Rpfl	Sächsisches Archiv für Rechtspflege
SeuffBl	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung
Vorbem.	Vorbemerkung
ZBlfG	Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

EINLEITUNG

Die Frage, wie sich die Anordnung eines allgemeinen Veräußerungsverbots nach § 1o6 I 3 KO bzw. die Konkurseröffnung auf die Erledigung von Eintragungsanträgen bezüglich konkursbefangener Grundstücksrechte auswirkt, hat Rechtsprechung und Literatur im Anfang dieses Jahrhunderts häufig beschäftigt [1]. Eine Entscheidung des OLG Düsseldorf aus dem Jahre 1975 [2] sowie neuere Aufsätze zu diesem Thema [3] geben Anlaß - insbesondere auch in Anbetracht des zahlenmäßigen Anstiegs der Konkursfälle - die Frage erneut aufzugreifen und ihr eine ausführliche Erörterung zu widmen.

Dabei soll die Untersuchung auf den rechtsgeschäftlichen Grundbuchverkehr beschränkt bleiben.

Im Verlauf der Untersuchung wird sich zeigen, daß für die Beantwortung der Frage nicht allein entscheidend ist, wie man die Wirkung von Konkurseröffnung und Veräußerungsverbot dogmatisch einordnet. Vielmehr müssen ebenso die verfahrensrechtlichen Grundsätze des Grundbuchrechts berücksichtigt werden. Dies bedeutet zunächst, daß die Auswirkungen von Konkurseröffnung und allgemeinem Veräußerungsverbot bezüglich jeder einzelnen Eintragungsvoraussetzung geprüft werden müssen, da nur auf diesem Wege exakt festgestellt werden kann, ob ein Eintragungshindernis im Sinne des § 18 GBO vorliegt. Die häufig anzutreffende Formulierung, die Konkurseröffnung oder das Veräußerungsverbot be-

---

1) Siehe dazu KGJ 22 A 129; KGJ 36 A 254; RG LZ 19o9, Sp. 938 ff.; Eccius GruchBeitr 5o, 481 ff.; Schöller DJZ 19o2, 165 ff.; Kretzschmar ZBlfG 2, 812 ff.; Voss ZBlfG 8, 569 ff.; Predari LZ 19o7, 454 ff.

2) MittRhNotk 1975, 6 ff.

3) Eickmann Rpfleger 1972, 77 ff. und KTS 1974, 2o2 ff.; Ertl MittBayNot 1975, 2o4 ff.

wirke eine Grundbuchsperre bzw. sperre das Grundbuch nicht [1], hat demgegenüber - jedenfalls unter verfahrensrechtlichen Gesichtspunkten - keinerlei Aussagewert [2].

Weiterhin wird auch eine Stellungnahme zu Umfang und Grenzen der grundbuchamtlichen Prüfungspflicht erforderlich sein, da zum einen die Prüfung materieller Wirksamkeitsvoraussetzungen im Grundbuchverfahren nicht selbstverständlich ist und zum anderen sich zusätzliche Probleme dadurch ergeben, daß Konkurseröffnung und allgemeines Veräußerungsverbot dem Grundbuchamt auch auf anderem Wege als durch die Eintragungsunterlagen bekannt werden können.

---

1) So z.B. Mentzel-Kuhn § 113 Rdn. 4; Palandt-Bassenge § 878 Anm. 5 b; Soergel-Hefermehl § 136 Rdn. 14; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1975, 6 ff. (7).

2) So auch Eickmann GBVerfahrensrecht 5 § 3 (S. 1o9).

1. Teil: DIE KONKURSERÖFFNUNG IM GRUNBBUCHVERKEHR

I. Die Auswirkung der Konkurseröffnung auf den Eintragungsantrag

Regelmäßig erfolgt eine Eintragung im Grundbuch nur dann, wenn ein entsprechender Antrag vorliegt. Das Grundbuchamt wird lediglich in Ausnahmefällen von Amts wegen tätig.

Die Auswirkung der Konkurseröffnung auf diese Eintragungsvoraussetzung soll anhand der einzelnen vom Grundbuchamt zu prüfenden Zulässigkeitserfordernisse dargestellt werden.

1. Antragstellung nach Konkurseröffnung

a) Die Auswirkung der Konkurseröffnung auf die Antragsberechtigung

Gemäß § 13 II GBO ist der Antrag vom Grundbuchamt zunächst daraufhin zu überprüfen, ob er vom Antragsberechtigten erklärt wurde. Zur Antragstellung berechtigt ist nach dieser Vorschrift sowohl der durch die begehrte Eintragung Begünstigte als auch der von ihr Betroffene.

In der Praxis wird der Antrag üblicherweise durch den Notar gestellt. Da diesem nach dem Beurkundungsgesetz grundsätzlich die Beurkundungs- und Beglaubigungsfunktion zukommt, wird er auch meist mit dem Vollzug des jeweiligen Grundstücksgeschäfts beauftragt.

Dem Notar steht jedoch ein eigenes Antragsrecht nicht zu. Vielmehr wird gemäß § 15 GBO nur die Erteilung einer An-

tragsvollmacht vermutet [1]. Somit kommt es auch bei der Antragstellung durch den Notar darauf an, ob er für einen im Sinne des § 13 II GBO Antragsberechtigten handelt [2].

Beantragt der Gemeinschuldner nach Konkurseröffnung eine Eintragung zu seinen Lasten oder stellt der Notar für ihn einen solchen Antrag, könnte die Antragsberechtigung zweifelhaft sein, wenn der Gemeinschuldner nach Konkurseröffnung nicht mehr Inhaber von Rechten wäre, die durch die Eintragung betroffen werden können. Durch die Konkurseröffnung verliert der Gemeinschuldner jedoch sein Vermögen nicht [3]. Gemäß §§ 6, 7 KO wird ihm zwar - wie noch zu zeigen sein wird - die Verfügungsbefugnis genommen, seine Rechtszuständigkeit wird aber nicht berührt [4]. Der Gemeinschuldner bleibt vielmehr Inhaber der zur Konkursmasse gehörenden Rechte [5], so daß er auch im Sinne des § 13 II GBO betroffen sein kann [6].

Der Gemeinschuldner ist also nach Konkurseröffnung weiterhin antragsberechtigt. Wenn bisweilen behauptet wird, dem Gemeinschuldner fehle nach Konkurseröffnung die Antragsberechtigung, da seine Verfügungsbefugnis entfallen sei [7], so beruht dies

---

1) So Horber § 15 Anm.1; Hesse-Saage-Fischer § 15 Anm.I; MIR § 15 Anm.9; Güthe-Triebel § 15 Rdn.11; Eickmann GBVerfahrensrecht § 5 2 (S. 8o); Ertl Rpfleger 198o, 41 ff. (43); Haegele Rpfleger 1974, 417.

2) Eickmann GBVerfahrensrecht § 5 2 (S. 8o); Güthe-Triebel § 15 Rdn.13; Haegele Rpfleger 1974, 417.

3) Anders im anglo-amerikanischen Recht; s. dazu Jaeger-Lent (8. Auflage) Einl. Anm.9 und 1o; Hanisch S.2o3 ff.

4) Anders Hanisch S.294 ff., nach dessen Ansicht eine Aufspaltung der Rechtszuständigkeit zwischen dem Gemeinschuldner und der Masse eintritt. Allerdings geht auch er von einer dem Gemeinschuldner verbleibenden "Vermögensberechtigung" aus.

5) Hahn Materialien KO S.45; Böhle-Stamschräder § 6 Anm.3; Jaeger-Henckel § 1 Rdn.45; Mentzel-Kuhn § 6 Rdn.8; RGZ 1o5, 313 (314); BVerwG NJW 1962, 979.

6) Ebenso RG LZ 19o9, 938 (939).

7) So Herrmann in KEHE § 13 Rdn.68; Böhringer BWNotZ 1979

darauf, daß zwischen Antragsberechtigung und der weiter unten behandelten Antragsbefugnis nicht unterschieden wird.

Nach der hier vertretenen Meinung besteht die Antragsberechtigung nach § 13 II GBO unabhängig von der Verfügungsbefugnis. Diese gewinnt vielmehr erst Bedeutung bei der Frage, ob der Antragsberechtigte den Antrag selbst stellen darf.

b) Die Auswirkungen der Konkurseröffnung auf die Verfahrensfähigkeit

Ein Antrag des Gemeinschuldners könnte aber unzulässig sein, wenn diesem infolge der Konkurseröffnung die Fähigkeit fehlte, Verfahrenshandlungen im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit selbständig vorzunehmen.

Der Eintragungsantrag ist eine solche Verfahrenshandlung [1] und nicht etwa eine materiell-rechtliche Erklärung, da er lediglich darauf gerichtet ist, ein Tätigwerden des Grundbuchamtes zu veranlassen.

Die Fähigkeit, Verfahrenshandlungen im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit vornehmen zu können, die sogenannte "Verfahrensfähigkeit" [2] entspricht der Prozeßfähigkeit im Zivilprozeß. Ob sich diese Verfahrensfähigkeit nach § 52 ZPO beurteilt [3] oder ob die Regeln über die Geschäftsfähigkeit analog anzuwenden sind und somit auch eine beschränkte Verfahrensfähigkeit möglich ist [4], kann hier offenbleiben. Auch bei einer Anwendung des § 52 ZPO ist jedenfalls die Geschäfts-

---

1) Ertl Rpfleger 198o, 41 ff. (42); Habscheid § 41 II 1 (S.225); Horber § 13 C 3; Staudinger-Seufert § 873 Rdn.59; RGZ 54, 378 (384); OLG Düsseldorf NJW 1956, 877; OLG Hamm DNotZ 1975, 686 (689); BayObLG DNotZ 1979, 428 ff. (429).

2) So Eickmann GBVerfahrensrecht 2 § 2 (S. 18); Keidel in Keidel/Kuntze/Winkler § 13 Rdn. 3o k; Jansen § 13 Rdn. 11 ff. spricht von "Verfahrensfähigkeit".

3) Baur Grundbegriffe S. 29; Eickmann GBVerfahrensrecht 2 § 2 (S. 18); Habscheid § 15 II (S. 82).

4) So Keidel in Keidel/Kuntze/Winkler § 13 Rdn.28; Schlegelberger § 13 Rdn. 7; BGHZ 35, 1 (4); OLG Frankfurt DNotZ 1965,482.

fähigkeit des Verfahrensbeteiligten entscheidend. Da aber die Geschäftsfähigkeit des Gemeinschuldners durch die Konkurseröffnung nicht berührt wird [1], wird auch seine Prozeß- bzw. Verfahrensfähigkeit durch die Konkurseröffnung nicht beeinträchtigt [2]. Der Antrag des Gemeinschuldners ist daher nicht wegen fehlender Verfahrensfähigkeit unzulässig.

c) Zur Anwendung des § 7 KO auf den Antrag

Der Gemeinschuldner-Antrag könnte aber gemäß § 7 KO unwirksam sein, wenn er als Rechtshandlung im Sinne dieser Vorschrift anzusehen ist [3].

Daß auch Verfahrenshandlungen Rechtshandlungen im Sinne des § 7 KO sein können, ist allgemein anerkannt. In diesem Zusammenhang findet man häufig die Aufzählung von: Geständnis Anerkenntnis, Verzicht, Vergleich und Klagerücknahme [4]. Bei den aufgezählten Verfahrenshandlungen handelt es sich allerdings um sogenannte Bewirkungshandlungen [5], die unmittelbar prozessuale Wirkungen auslösen und daher auf ihre Wirksamkeit hin zu prüfen sind.

Der Eintragungsantrag im Grundbuchverfahren ist jedoch mit diesen Verfahrenshandlungen nicht vergleichbar. Der Antrag

---

1) Baumann § 5 III 3 a (S. 34); Böhle-Stamschräder § 6 Anm. 3; Jaeger-Henckel § 6 Rdn. 161.

2) Böhle-Stamschräder § 6 Anm. 3; Jaeger-Henckel § 6 Rdn. 162; Mentzel-Kuhn § 6 Rdn. 4.

3) So Eickmann Rpfleger 1972, 77 ff. (78) und GBVerfahrensrecht 5 § 2 (S. 8o); auch Josef LZ 19o9, 83o ff. wendet § 7 KO auf den Antrag an.

4) So z.B. Jaeger-Henckel § 7 Rdn. 3; Mentzel-Kuhn § 7 Rdn. 2; Schönke-Baur § 55 II 2 b (S. 281).

5) Goldschmidt S. 364 ff.; Jauernig § 29 III 2 (S. 94); Rosenberg-Schwab § 64 II (S. 339/34o).

ist vielmehr vergleichbar der Klageerhebung [1], da er ebenso wie diese darauf gerichtet ist, ein gerichtliches Verfahren in Gang zu bringen.

Die Klageerhebung aber ist - im Hinblick auf ihre prozessualen Wirkungen - eine sogenannte Erwirkungshandlung [2], da sie die beabsichtigte Wirkung erst mit Hilfe der durch sie ausgelösten gerichtlichen Tätigkeit erzielt. Bei derartigen Handlungen geht es nicht um "Wirksamkeit" oder "Unwirksamkeit". Es geht hier vielmehr nur darum, ob die Handlung zulässig ist, d.h. ob sie das begehrte Tätigwerden des Gerichts überhaupt veranlassen kann.

Da der Antrag im Grundbuchverfahren ebenfalls keine unmittelbare Wirkung auf das Verfahren äußert, sondern nur das Begehren an das Grundbuchamt enthält, in bestimmter Richtung tätig zu werden, stellt auch er eine Erwirkungshandlung dar [1]. § 7 KO ist daher auf den Eintragungsantrag des Gemeinschuldners nicht anzuwenden. Es ist nicht seine Wirksamkeit sondern seine Zulässigkeit zu prüfen. Diese ist aber nur nach dem Vorliegen der allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen zu bestimmen.

---

1) So Güthe-Triebel § 13 Rdn.11; Hesse-Saage-Fischer § 13 Anm. I 1 a.

2) Jauernig § 29 III 1 (S. 94); Rosenberg-Schwab § 64 I (S. 337).

3) Dazu, daß der Eintragungsantrag Erwirkungshandlung ist, Ertl DNotZ 1964, 26o ff. (281), DNotZ 1967, 339 ff. (34o) und Rpfleger 198o, 41 ff. (42); Herrmann in KEHE § 13 Rdn. 2o.

d) Die Auswirkung der Konkurseröffnung auf die Antragsbefugnis

Neben der Prozeßfähigkeit ist im Zivilprozeß weitere Verfahrensvoraussetzung die Prozeßführungsbefugnis. Dies ist die Befugnis, über das streitige Recht im eigenen Namen einen Rechtsstreit zu führen [1]. Sie steht in der Regel dem Inhaber des streitigen Rechts zu. In Ausnahmefällen kann diesem jedoch die Prozeßführungsbefugnis fehlen. So verliert der Gemeinschuldner die Prozeßführungsbefugnis in bezug auf das konkursbefangene Vermögen [2]. Dies ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt, kann aber mittelbar den §§ 1o, 11 KO und § 24o ZPO entnommen werden. Der Grund für den Verlust der Prozeßführungsbefugnis ergibt sich daraus, daß gemäß § 6 KO dem Gemeinschuldner das Verwaltungs- und Verfügungsrecht entzogen [3] und auf den Konkursverwalter übertragen wird.

Ebenso, wie der Gemeinschuldner durch die Konkurseröffnung die Prozeßführungsbefugnis verliert, verliert er aber auch die Befugnis, in bezug auf das konkursbefangene Vermögen Anträge im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu

---

1) So Stein-Jonas-Schumann/Leipold vor § 5o Anm. II 1.

2) Mentzel-Kuhn § 6 Rdn. 4; Weber KTS 1955, 1o2 (1o6); RGZ 47, 372 (374); ähnlich BVerfG BWNotZ 198o, 166 für die Fähigkeit des Gemeinschuldners, Verfassungsbeschwerde zu erheben.

3) Da dem Gemeinschuldner - wie noch zu zeigen sein wird - sowohl das Verwaltungs- als auch das Verfügungsrecht entzogen wird, braucht der Streit, ob die Prozeßführungsbefugnis aus dem Verwaltungsrecht (so Hellwig § 48 I, S. 317) oder aus dem Verfügungsrecht (so Henckel, Parteilehre, S. 39 ff.; BGHZ 31, 281) herzuleiten ist, hier nicht entschieden zu werden.

stellen [1]. Auch diese "Antragsbefugnis" [2] geht auf den Konkursverwalter über.

Ein Eintragungsantrag, den der Gemeinschuldner selbst nach Konkurseröffnung stellt, ist daher mangels Antragsbefugnis unzulässig.

Dies gilt allerdings nicht, soweit die beantragte Eintragung Neuerwerb des Gemeinschuldners betrifft. Denn der Neuerwerb des Gemeinschuldners wird von der Konkursbeschlagnahme nicht erfaßt [3], so daß der entsprechende Antrag sich nicht auf das konkursbefangene Vermögen bezieht.

e) Die Zulässigkeit des notariellen Antrags

Zu prüfen bleibt, ob auch die Zulässigkeit eines Antrags, den der Notar nach Konkurseröffnung für den Gemeinschuldner stellt, durch die Konkurseröffnung berührt wird.

Nach Meinung von Eickmann [4] ist der nach Konkurseröffnung vom Notar gestellte Antrag gemäß § 7 KO unwirksam, soweit er im Namen des Gemeinschuldners gestellt wurde. Begründet wird diese Ansicht damit, daß der Vertreter nicht über mehr Rechtsmacht verfügen könne als der Vertretene.

Wie oben dargestellt, wäre aber der Antrag des Gemeinschuldners nicht gemäß § 7 KO unwirksam, sondern wegen fehlender Antragsbefugnis unzulässig. In diesem Zusammenhang kann also § 7 KO für die Zulässigkeit des notariellen Antrags keine

---

1) BayObLGZ 1953, 92 (97) und 1963, 19 (23); OLG Düsseldorf MDR 1970, 425; Jaeger-Henckel § 6 Rdn. 13o; Josef LZ 1909, 829 ff.

2) Von "Befugnis zur Antragstellung" spricht KG JFG 2o, 377. Dort ging es um die Antragsbefugnis der Erben bei bestehender Testamentsvollstreckung.

3) Gem. § 1 KO umfaßt die Konkursbeschlagnahme nur die Gegenstände, die dem Gemeinschuldner im Zeitpunkt der Konkurseröffnung gehören.

4) GBVerfahrensrecht 5 § 2 V (S. 8o).

Bedeutung haben.

Bei Antragstellung durch den Notar ist aber als weitere Zulässigkeitsvoraussetzung seine Vertretungsmacht zu prüfen [1]. Hier kann der Rechtspfleger zwar in der Regel von der Vermutung des § 15 GBO ausgehen. Dies gilt jedoch nicht, wenn sich aus den Eintragungsunterlagen Tatsachen ergeben, durch die diese Vermutung widerlegt wird. Eine solche Tatsache liegt vor, wenn aus den vorgelegten Urkunden ersichtlich ist, daß die Antragsvollmacht nach Konkurseröffnung erteilt wurde. Denn in der Bevollmächtigung des Notars, die Eintragung einer Verfügung über das konkursbefangene Grundstücksrecht zu beantragen, liegt eine Rechtshandlung im Sinne des § 7 KO, so daß die entsprechende Vollmachtserteilung nach Konkurseröffnung unwirksam ist.

Erfolgte die Bevollmächtigung dagegen schon vor Konkurseröffnung und wird der Antrag nach Konkurseröffnung gestellt, war die Vollmacht zunächst wirksam erteilt. § 7 KO ist hier auf die Vollmachtserteilung nicht anwendbar.

Ein Erlöschen der Vertretungsmacht ergibt sich auch nicht aus § 23 KO i.V.m. § 168 I 1 BGB. Denn zwischen dem Notar und dem Rechtssuchenden wird bezüglich des Urkundenvollzugs kein Geschäftsbesorgungsvertrag geschlossen [2]. Der Notar nimmt vielmehr grundsätzlich nur Amtshandlungen vor [3]. Die Erfüllung von Amtspflichten kann aber nicht Gegenstand vertraglicher Bindungen sein [4].

---

1) Dazu, daß die Vertretungsmacht auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit von Amts wegen zu prüfen ist, Habscheid § 17 II (S. 95); Jansen § 13 Rdn. 38; Keidel in Keidel/Kuntze/Winkler § 13 Rdn. 13.

2) Arndt § 24 Anm. II 1.

3) Arndt § 1 Anm. II 6; Seybold-Hornig Vorbem. vor §§ 2o-25 Rdn. 24.

4) Arndt § 1 Anm. II 6.

Die Vertretungsmacht des Notars bleibt also durch eine der Vollmachtserteilung nachfolgende Konkurseröffnung unberührt. Der Antrag ist in diesem Fall nicht schon wegen mangelnder Vertretungsmacht unzulässig.

Die Zulässigkeit des Antrags steht aber die Tatsache entgegen, daß der Gemeinschuldner zur Antragstellung nicht mehr befugt ist. Hier kommt der Gedanke zum Tragen, daß der Vertreter nicht über mehr Rechtsmacht verfügen kann als der Vertretene [1]. Wenn dem Vertretenen die Antragsbefugnis fehlt, so kann diese auch nicht durch den Vertreter ausgeübt werden.

Der Antrag des Notars, den dieser im Namen des Gemeinschuldners nach Konkurseröffnung stellt, ist daher in jedem Fall unzulässig: bei Bevollmächtigung nach Konkurseröffnung schon wegen fehlender Vertretungsmacht, bei Bevollmächtigung vor Konkurseröffnung wegen fehlender Antragsbefugnis des Vertretenen. Um diese Rechtsfolge zu vermeiden, stellt der Notar den Antrag in der Regel auch für den durch die Eintragung Begünstigten [2], so daß sich das Problem der fehlenden Vertretungsmacht bzw. der fehlenden Antragsbefugnis des Vertretenen infolge Konkurseröffnung in der Praxis kaum stellt.

Als Ergebnis läßt sich feststellen, daß ein Antrag, den der Gemeinschuldner selbst oder durch einen Notar nach Konkurseröffnung stellt, nicht zur Eintragung führen kann.

---

1) Eickmann GBVerfahrensrecht 5 § 2 V (S. 8o); ähnlich BayObLG BayRpflZ 1923, 232 (233).

2) Der Notar muß dabei nicht ausdrücklich erklären, er wolle für alle Antragsberechtigten handeln. Vielmehr ist, wenn er die Urkunden "gemäß § 15 GBO" beim Grundbuchamt einreicht, davon auszugehen, daß er den Antrag im Namen aller Antragsberechtigten stellt, so OLG Hamburg MDR 1954, 493; BayObLGZ 1972, 2o4 (215); Güthe-Triebel § 15 Rdn.17; Haegele Rpfleger 1974, 417 ff. (418).

2. Antragstellung vor Konkurseröffnung

Fraglich ist, ob sich die Konkurseröffnung auch auf einen vorher gestellten, nocht nicht erledigten Eintragungsantrag auswirkt.

Bezüglich eines nachträglichen Wegfalls der Vertretungsmacht durch Widerruf der Vollmacht oder Aufhebung des der Vollmacht zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses wird übereinstimmend - allerdings ohne Begründung - die Auffassung vertreten, daß diese Umstände bedeutungslos sind, wenn sie nach Antragstellung eintreten. Hier sei der Vollmachtsgeber auf die Rücknahme des Antrages verwiesen [1].

Wie sich die Rechtslage bei Wegfall der Antragsbefugnis darstellt, ist dagegen streitig.

Die Prozeßführungsbefugnis, der die Antragsbefugnis entspricht, muß im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vorhanden sein [2]. Ebenso könnte man auch fordern, daß die Antragsbefugnis bis zur Eintragung fortbestehen muß [3].

a) Bedeutung der §§ 15 KO, 878 BGB für die Zulässigkeit des Antrags

Zur Beantwortung der Frage, ob eine nachträgliche Konkurseröffnung den gestellten Antrag unzulässig machen kann, ist jedoch die Vorschrift des § 878 BGB heranzuziehen, die gemäß § 15 KO auch für den Konkursfall Anwendung findet. Diese Vor-

---

1) Güthe-Triebel § 15 Rdn.14; § 13 Rdn.7; Horber § 31 Anm. 3 c; MIR § 31 Anm.11; Thieme § 31 Bem.3; Ertl Rpfleger 1980, 41 ff. (43).

2) Jauernig § 22 II (S. 62); BGHZ 31, 279 (283).

3) So Böhringer BWNotZ 1979, 141 (144); Ertl MittBayNotK 1975, 204 ff. (205) und Rpfleger 1980, 41 ff. (44); Herrmann in KEHE § 13 Rdn.68. Diese Autoren beziehen sich sämtlich auf eine Entscheidung des OLG München (JFG 23, 326 ff.), die einen Fall betrag, in dem das Antragsrecht eines Beteiligten ausgeschlossen war, weil die Eintragung aufgrund eines behördlichen Ersuchens erfolgen mußte. Aus der Entscheidung dieses besonders gelagerten Falles lassen sich jedoch für die vorliegende Streitfrage keine Argumente herleiten.

schrift bestimmt zwar primär, in welchen Fällen die Wirksamkeit einer Verfügungserklärung trotz Konkurseröffnung erhalten bleibt.

Mittelbar kann aus § 15 KO i.V.m. § 878 BGB aber auch entnommen werden, daß der vor Konkurseröffnung gestellte Antrag zulässig bleibt. Sieht man Prozeßführungs- bzw. Antragsbefugnis als Ausfluß der Verfügungsmacht an, ergibt sich ihr Fortbestehen im Fall des § 878 BGB schon daraus, daß hier die Verfügungsmacht als fortbestehend fingiert wird [1]. Das Argument, § 878 BGB regele nicht die Voraussetzungen eines wirksamen Antrags, dies bestimme allein die GBO [2], verfängt insoweit nicht, da die Zulässigkeitsvoraussetzung der Antragsbefugnis nur anhand des materiellen Rechts überprüft werden kann. § 878 BGB stellt damit keinen Eingriff in das Grundbuchverfahrensrecht dar, sondern die Rechtsfolge dieser Vorschrift wirkt sich nur mittelbar im Verfahrensrecht aus.

Aber auch wenn man nicht der Meinung folgt, daß die Antragsbefugnis aus der Verfügungsmacht fließe, sondern diese aus dem Verwaltungsrecht herleitet, muß davon ausgegangen werden, daß im Falle der §§ 878 BGB, 15 KO der Antrag zulässig bleibt. Denn die Erhaltung der Wirksamkeit der Verfügung wäre sinnlos, wenn die Verfügung mangels Zulässigkeit des Antrags nicht eingetragen werden könnte.

Man kann dem auch nicht entgegenhalten, unter "Antrag" im Sinne des § 878 BGB sei nur der zulässige, daß hieße im Konkursfall: der vom Begünstigten gestellte Antrag, zu ver-

---

1) So auch Rahn BWNotZ 1967, 269 ff. (272).

2) So Ertl Rpfleger 1980, 41 ff. (44).

stehen. Denn zum einen ist in § 878 BGB nur von "dem" Antrag die Rede, so daß keine Unterscheidung zwischen den Antragsberechtigten erkennbar ist [1]. Zum anderen widerspräche auch eine Beschränkung auf den Begünstigten dem Sinn der §§ 15 KO, 878 BGB, die dem Schutz des Erwerbers dienen sollen [2]. Dieser Schutz muß aber unabhängig davon gewährt werden, wer den Antrag gestellt hat [3].

Aus § 15 KO i.V.m. § 878 BGB ist also zu entnehmen, daß der Antrag insoweit als abgeschlossene Verfahrenshandlung angesehen wird, als seine Zulässigkeit durch nachträglich eingetretene Beeinträchtigungen der Verfügungsmacht nicht mehr berührt wird [4].

b) Die Möglichkeit der Antragsrücknahme

Allerdings besteht nach Konkurseröffnung für den Konkursverwalter die Möglichkeit, den Antrag zurückzunehmen [5].

Im Grundbuchverfahren kann ein Antrag bis zur Eintragung jederzeit zurückgenommen werden [6]. Dies ergibt sich mittelbar aus der Vorschrift des § 31 GBO, die das Recht zur Rücknahme als selbstverständlich voraussetzt und nur die Form der Rücknahmeerklärung behandelt.

---

1) So auch Rahn BWNotZ 1967, 269 ff. (274).

2) Baur Sachenrecht § 19 B III (S. 166/167).

3) Ähnlich Müller JZ 1980, 554 ff. (558).

4) Im Ergebnis ebenso, jedoch ohne Begründung KG OLG 26, 4; KG Rpfleger 1975, 89; Jaeger-Henckel § 15 Rdn. 109, 110.

5) So auch Böhringer BWNotZ 1979, 141 ff. (144); Eickmann GBVerfahrensrecht 5 § 2 (S. 84); Ertl Rpfleger 1980, 41 ff. (44); Wörbelauer DNotZ 1965, 518 ff. (531).

6) Eickmann GBVerfahrensrecht 5 § 2 VII (S. 84); Ertl DNotZ 1964, 260 ff. (263); Güthe-Triebel § 13 Rdn. 35 ff.; Hesse-Saage-Fischer § 13 Anm. I 1 d; Horber § 31 Anm. 2 A; MIR § 31 Rdn. 4, 5.

Wie sämtliche Handlungsbefugnisse des Gemeinschuldners bezüglich der Konkursmasse geht auch das Rücknahmerecht auf den Konkursverwalter über [1]. Eine vom Gemeinschuldner erklärte Rücknahme wäre im übrigen unwirksam. Denn die Antragsrücknahme ist wie die Klagerücknahme [2] eine sogenannte "Bewirkungshandlung", da sie nicht nur - wie die Antragstellung - ein Tätigwerden des Grundbuchamtes veranlaßt, sondern unmittelbar auf das Verfahren einwirkt, nämlich das Verfahren ohne Zutun des Grundbuchamtes beendet. Eine Bewirkungshandlung ist aber eine Rechtshandlung im Sinne des § 7 KO [3], die nach Konkurseröffnung vom Gemeinschuldner nicht mehr wirksam vorgenommen werden kann.

Die Tatsache, daß die Rücknahme durch den Gemeinschuldner die Konkursmasse nicht beeinträchtigen würde, führt nicht zu einer anderen Beurteilung. Denn dem Gemeinschuldner wird durch die Konkursbeschlagnahme pauschal jegliche Handlungsbefugnis bezüglich der Konkursmasse genommen, ohne Rücksicht darauf, ob seine Handlungen im Einzelfall der Konkursmasse schaden würden [4].

Der Rücknahme eines vom Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung gestellten Antrags durch den Konkursverwalter steht nicht die Vorschrift des § 15 KO i.V.m. § 878 BGB entgegen [5]. Denn § 878 BGB regelt nur die Wirksamkeit der Verfügungserklärungen, gibt dem Erwerber aber keinen Anspruch darauf, daß

---

1) Ebenso Rahn BWNotZ 1967, 269 ff. (274); Wörbelauer DNotZ 1965, 518 (531).

2) Dazu, daß die Klagerücknahme Bewirkungshandlung ist, z.B. Baur Zivilprozeßrecht Rdn. 93 (S. 82); Jauernig § 29 III 2 (S. 94); Rosenberg-Schwab § 64 II (S. 34o).

3) Siehe o. S. 6.

4) Hahn Materialien KO S. 62; Jaeger-Henckel § 7 Rdn. 2, 9.

5) So aber Müller JZ 198o, 554 ff. (558).

der Antrag nicht zurückgenommen wird [1]. Zwar heißt es häufig, die Regelung des § 878 BGB solle bewirken, daß der Erwerber nach Antragstellung unbekümmert den Gegenwert entrichten könne [2]. Jedoch liegt der Sinn des § 878 BGB nicht darin, eine Antragsrücknahme zu verhindern [3]. Vielmehr soll nur die Wirksamkeit der materiellrechtlichen Erklärungen aufrechterhalten werden. Wenn § 878 BGB darüberhinaus zu einer Änderung des Grundbuchverfahrens, das keine unwiderruflichen Eintragungsanträge kennt, führen sollte, hätte dies im Gesetz zum Ausdruck kommen müssen [4].

Wegen der Vorschrift des § 878 BGB kann der Erwerber also nur unbekümmert sein, was die Verfügungsmacht des Veräußerers anbelangt [5], nicht aber darauf vertrauen, daß der Antrag nicht mehr rücknehmbar ist. Der Erwerber kann ja im übrigen der Antragsrücknahme dadurch begegnen, daß er selbst den Antrag stellt [6].

Die Möglichkeit der Antragsrücknahme durch den Konkursverwalter besteht auch dann, wenn dieser vom Notar ausschließlich für den Gemeinschuldner gestellt wurde. Denn bei Antragstellung durch einen Bevollmächtigten ist auch der Vollmachtgeber berechtigt, den Antrag zurückzunehmen [7]. Dieses Recht des vollmachtgebenden Gemeinschuldners kann vom Konkursverwalter ausgübt werden.

---

1) Ertl Rpfleger 198o, 41 ff. (44); Haegele Grundbuchrecht Fn. 4 zu Rdn. 58 (S. 36/37); MIR § 31 Anm. 5; KG OLGZ 1972, 322 (326).

2) Jaeger-Lent § 15 Rdn. 37; Knöchlein DNotZ 1959, 3 ff. (16).

3) Horber § 13 Anm. 8 d.

4) Haegele Rpfleger 1974, 417 ff. (Fn. 47).

5) So auch Jaeger-Henckel, § 15 Rdn. 1o8.

6) Ebenso Güthe-Triebel § 13 Rdn. 37; Wörbelauer DNotZ 1965, 518 (531/532).

7) Eickmann GBVerfahrensrecht 5 § 2 (S. 84); Güthe-Triebel § 13 Rdn. 36; Haegele Rpfleger 1974, 417 ff. (42o); Horber § 15 Anm. 5 c; MIR § 31 Anm. 5.

Als Auswirkung der Konkurseröffnung auf den Antrag ist somit festzuhalten, daß ein Antrag, den der Gemeinschuldner als Betroffener selbst oder durch einen Notar stellt, mangels Antrags- bzw. Vertretungsbefugnis unzulässig ist.

Ein vor Konkurseröffnung gestellter Antrag des Gemeinschuldners wird zwar durch die Konkurseröffnung nicht unzulässig, kann jedoch vom Konkursverwalter zurückgenommen werden.

II. Die Auswirkung der Konkurseröffnung auf die Bewilligungsberechtigung

Auch bei der nach § 19 GBO vorzulegenden Bewilligung ist zunächst die Bewilligungsberechtigung zu prüfen, d.h. ob die Bewilligung von demjenigen stammt, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird.

Wie oben dargestellt [1], ändert sich durch die Konkurseröffnung nichts am "Betroffensein" des Gemeinschuldners, da er weiterhin Rechtsinhaber bleibt.

Die Bewilligungsberechtigung des Gemeinschuldners wird also durch die Konkurseröffnung nicht berührt [2].

Die Bewilligung nach § 19 GBO muß jedoch von allen durch die Eintragung Betroffenen abgegeben werden [3]. Wenn nach Konkurseröffnung auch der Konkursverwalter im Sinne des § 19 GBO betroffen wäre, könnte die Bewilligung des Gemeinschuldners schon aus diesem Grunde nicht ausreichen.

Der Konkursverwalter wird von einigen, die bezüglich seiner

---

1) Siehe S. 4.

2) Ebenso Eickmann GBVerfahrensrecht 5 § 3 III (S. 91), der allerdings hier den Ausdruck "Bewilligungsmacht" verwendet.

3) Eickmann GBVerfahrensrecht 5 § 3 III (S. 98); Güthe-Triebel § 19 Rdn. 38; Horber § 19 Anm. 5 B; MIR § 19 Rdn. 67.

Rechtsstellung die Amtstheorie vertreten, als Betroffener i.S.d. § 19 GBO angesehen [1], weil er nach dieser Theorie kraft eigenen Rechts zur Verfügung über die Konkursmasse berechtigt ist.

Wie schon die Vorschrift des § 15 KO i.V.m. § 878 BGB zeigt, kann aber die Konsequenz, daß immer auch eine Bewilligung des Konkursverwalters erforderlich ist, nicht richtig sein. Denn sonst könnte trotz § 878 BGB eine Eintragung ohne Bewilligung des Konkursverwalters nicht erfolgen.

Die Meinung, die den Konkursverwalter als betroffen ansieht, vermischt offenbar das Betroffensein mit der Verfügungsbefugnis. Zwischen dem Betroffensein, d.h. der Bewilligungsberechtigung und der Verfügungsbefugnis, aus der die sogenannte Bewilligungsbefugnis [2] fließt, ist jedoch klar zu trennen. Die Bewilligungsberechtigung folgt nämlich allein aus dem Innehaben einer Buchposition, während die Bewilligungsbefugnis die rechtliche Fähigkeit ist, von der Bewilligungsberechtigung Gebrauch machen zu können [3].

Dem Konkursverwalter kommt jedoch keine solche Buchposition zu. Zum einen wird im Konkursvermerk der Name des Konkursverwalters überhaupt nicht aufgeführt [4]. Zum anderen enthält der Konkursvermerk lediglich die Verlautbarung einer bestehenden Verfügungsbeschränkung und kann daher nicht als Recht am Grundstück angesehen werden.

---

1) So z.B. RGZ 71, 38 (40); KG OLG 29, 398; 45, 188 (189); Güthe-Triebel § 19 Rdn. 45.

2) So Eickmann GBVerfahrensrecht 5 § 3 III (S. 99).

3) Ähnlich Eickmann GBVerfahrensrecht 5 § 3 III (S. 91/92); richtig daher die Formulierung bei Baur Sachenrecht § 16 III 5 (S. 135): "Ist der Betroffene in der Verfügung beschränkt, so muß an seiner Stelle der zur Verfügung Berechtigte bewilligen".

4) Siehe Beispiel für Formulierung des Konkursvermerks bei MIR § 38 Rdn. 40.

Es drängt sich allerdings die Frage auf, woraus sich denn die unbestrittene Befugnis des Konkursverwalters herleitet, während des Konkurses Bewilligungen nach § 19 GBO abzugeben. Für die Vertreter- [1] und die Organtheorie [2] ergeben sich hier keine konstruktiven Schwierigkeiten, da sie dem Konkursverwalter das Betroffensein des Gemeinschuldners bzw. der Masse zurechnen können.

Aber auch wenn man der Amtstheorie folgt, läßt sich eine solche Zurechnung begründen. Denn auch die Amtstheorie kann nicht schematisch an die Person des Konkursverwalters sämtliche Parteifunktionen anknüpfen, sondern muß beachten, daß der Konkursverwalter für ein fremdes Vermögen tätig wird [3].

So treffen Verfügungen des Konkursverwalters über Massegegenstände nicht ihn, sondern wirken für und gegen den Gemeinschuldner als Inhaber des verwalteten Vermögens [4], da der Gemeinschuldner für die Masse materiell rechtszuständig bleibt.

Selbst wenn man also wie die Amtstheorie dem Konkursverwalter ein eigenes Verwaltungs- und Verfügungsrecht zugesteht, kann man nicht leugnen, daß Voraussetzungen und Wirkungen der Verwalterhandlungen von dem verwalteten Vermögen und dessen Inhaber bestimmt werden. Dasselbe muß auch

---

1) Bley ZZP 62, 113; Enneccerus-Nipperdey § 18o I 1 e (S. 11o5/11o6); Jaeger-Lent 8. Auflage Vorbem. zu §§ 6-9; Stein-Jonas-Schumann-Leipold Bem. II 3 vor § 5o.

2) Bötticher ZZP 77, 55 ff.; Bruns Rdn. 52 b (S. 55); Hanisch S. 3o7 ff.; Hellwig System 1. Teil S. 153 ff.

3) Ähnlich Henckel Parteilehre S. 123 f.

4) So auch Fricke MDR 1978, 99 ff. (1o1); Heilfron/Pick § 4 a (S. 47); Mentzel-Kuhn § 6 Rdn. 8; BGH NJW 1968, 3oo (3o1).

für die formelle Bewilligungsberechtigung gelten. Auch hier kommt es nur darauf an, ob der Gemeinschuldner Inhaber des betroffenen Rechts ist.

Im übrigen ist auch zu bedenken, daß die Bewilligung im Grundbuchverkehr die Einigung ersetzt. Bei einer Einigung muß der Konkursverwalter aber nicht etwa deshalb mitwirken, weil über ein ihm zustehendes Recht verfügt wird, sondern weil ihm gemäß § 6 KO die Verfügungsmacht über das Recht des Gemeinschuldners übertragen worden ist. Für die Bewilligung kann insoweit nichts anderes gelten.

Festzuhalten ist somit, daß der Konkursverwalter nicht "Betroffener" i.S.d. § 19 GBO ist. Die Konkurseröffnung hat also keinen Einfluß auf die formelle Bewilligungsberechtigung.

III. Die Auswirkung der Konkurseröffnung auf die Verfügungsbefugnis des Gemeinschuldners

1. Die Prüfungspflicht des Grundbuchamts bezüglich der Verfügungsbefugnis des Bewilligenden bzw. Auflassenden

Die Konkurseröffnung könnte sich aber insoweit auf die Eintragungsvoraussetzungen der Bewilligung und der gemäß § 2o GBO vorzulegenden Einigung auswirken, als sie die Verfügungsbefugnis des Gemeinschuldners und damit die Wirksamkeit der Eintragungsunterlagen beeinträchtigt.

Die Intensität des Eingriffs in die Verfügungsmacht ist im Grundbuchverfahrensrecht allerdings nur dann von Bedeutung, wenn das Grundbuchamt die Wirksamkeit der Eintragungsunterlagen überhaupt zu prüfen hat.

a) Allgemeine Grundsätze der Prüfungspflicht

In den Grundbuchgesetzen, die der Grundbuchordnung vorausgingen, war die materielle Prüfung der Eintragungsunterlagen ausdrücklich normiert. So hieß es z.B. in der Preußischen GBO vom 5.5.1872 [1]: "Der Grundbuchrichter ist verpflichtet, die Rechtsgültigkeit der vollzogenen Auflassung, Eintragungs- oder Löschungsbewilligung nach Form und Inhalt zu prüfen" [2].

Die GBO enthält dagegen keine Bestimmung, in der ausdrücklich geregelt ist, daß die zur Eintragung erforderlichen Erklärungen auf ihre Wirksamkeit hin zu überprüfen sind. Auch aus dem Wortlaut des § 18 GBO kann dies nicht eindeutig entnommen werden, da auch die Nichtvorlage einer zur Eintragung erforderlichen Urkunde ein im Sinne des § 18 GBO der Eintragung entgegenstehendes Hindernis sein kann.

Jedoch zeigt schon die Tatsache, daß die Entscheidung über die Eintragung im Grundbuch zunächst dem Richter oblag und nunmehr dem Rechtspfleger übertragen ist, daß die Prüfung der Eintragungsunterlagen keinesfalls eine rein mechanische Tätigkeit sein sollte. Es ist also nicht lediglich abzuhaken, ob die nach dem Gesetz vorzulegenden Urkunden vom Antragsteller eingereicht sind [3].

Daher ist heute unbestritten, daß das Grundbuchamt die materielle Wirksamkeit der Eintragungsunterlagen, damit

---

1) Preußische Grundbuchgesetzgebung S. 66 (§ 46).

2) Ebenso § 44 Entwurf einer GBO für das Gebiet des Norddeutschen Bundes.

3) Dies wurde nur von Kriener ZBlfG 15, 238 ff. (240) vertreten.

auch die Verfügungsbefugnis des Betroffenen zu prüfen habe [1].

Diese Prüfungspflicht des Grundbuchamtes wird häufig mit der Feststellung begründet, der Grundbuchbeamte dürfe nicht wissentlich dazu mitwirken, das Grundbuch unrichtig zu machen [2]. Dies folge wiederum aus dem sogenannten Legalitätsprinzip, wonach das Grundbuch als öffentliches Register möglichst mit der wahren Sach- und Rechtslage im Einklang zu erhalten ist [3].

Das Legalitätsprinzip ist ein dem Grundbuchverfahren übergeordneter, nicht normierter Rechtssatz, der schon vor Erlaß der Grundbuchordnung galt und dessen Geltung auch heute nicht bezweifelt wird [4].

Soweit es um die Prüfungspflicht bezüglich der Bewilligung geht, kann dieser Begründung nicht gefolgt werden. Denn die Wirksamkeit der Bewilligung hat auf die materielle Rechtslage keinen Einfluß. Sie kann lediglich einen Anhaltspunkt dafür bieten, daß auch die Einigung wirksam ist [5].

---

1) RGZ 71, 38 (4o); KGJ 25, 117 ff.; KG OLGE 45, 188; LG Düsseldorf MittRhNotK 1978, 626 (627); OLG Stuttgart DNotZ 196o, 6oo; Eickmann Rpfleger 1978, 1 ff. (7); Güthe-Triebel § 19 Rdn. 33, 45 ff.; Horber § 19 Bem. 5 C a und § 2o Bem. 5 A a; Riedel BlGBW 1966, 221 ff. (224); Schmidt MittRhNotK 1978, 89 ff. (91).

2) So BayObLGZ 1954, 286 (292); Eickmann GBVerfahrensrecht 6 § 1 I (S. 2oo); Güthe-Triebel Vorbem. vor 2. Abschn. Rdn. 91 und Einl. Rdn. 2o.

3) Eickmann GBVerfahrensrecht 6 § 1 I (S. 199) und 5 § 3 I (S. 86); Güthe-Triebel Vorbem. vor 2. Abschn. Rdn. 91.

4) Dazu OLG München DNotZ 1937, 327; OLG Köln DNotZ 1966, 677/678; Ertl DNotZ 1967, 339/341; Ripfel DFG 1937, 239; Weber GruchBeitr 53, 352 ff.

5) Ähnlich Schmidt MittRhNotK 1978, 89 ff. (9o); Scheyhing Anm. zu LG Würzburg JZ 1975, 287 ff. (288).

Aber auch bezüglich der Auflassung bedarf es keiner Herleitung der Prüfungspflicht aus dem Legalitätsprinzip. Vielmehr ergibt sich die Pflicht des Grundbuchamtes, die zur Eintragung erforderlichen Erklärungen auf ihre Wirksamkeit hin zu überprüfen, bereits aus der gesetzlichen Anordnung, daß Bewilligung bzw. Auflassung dem Grundbuchamt vorzulegen sind.

So hieß es auch in den Motiven zur Grundbuchordnung [1]: "Die meisten Landesgesetze ... schreiben ausdrücklich vor, daß die Buchbehörden verpflichtet seien, die Eintragungsanträge auf ihre Begründung und Rechtfertigung zu prüfen ... Die Prüfungspflicht des Grundbuchamts braucht nicht hervorgehoben zu werden, denn sie ergibt sich daraus, daß dem Grundbuchamte die Anordnung der Eintragung übertragen ist und daß das Gesetz die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Anordnung bestimmt".

Es erscheint im übrigen auch selbstverständlich, daß Bewilligung und Auflassung nur dann zur Eintragung führen können, wenn sie wirksam sind [2]. Die Verpflichtung des Grundbuchamts, die Eintragungsunterlagen auf ihre Wirksamkeit hin zu überprüfen, ergibt sich daher unmittelbar aus dem Gesetz [3].

---

1) S. 86.

2) Ähnlich Fuchs-Arnheim S. 2oo/2o1.

3) So formuliert auch Eickmann GBVerfahrensrecht 6 § 2 I (S. 2o2): "Daß das Grundbuchamt die Eintragungsbewilligung in ihrem vollen Umfang und in jeglicher Hinsicht zu prüfen hat, ergibt sich aus § 19"; ebenso Böhringer BWNotZ 1979, 141 (143): "Das Grundbuchamt verläßt § 19 GBO, wenn es eine Rechtsänderung aufgrund der Bewilligung des Eigentümers einträgt, obwohl es weiß, daß dieser die allgemeine Verfügungsberechtigung verloren hat und der Tatbestand von § 878 nicht ersichtlich ist."

Fraglich ist, ob bei dieser Prüfung auch in jedem Fall ein Mangel der Verfügungsbefugnis, wie er möglicherweise durch die Konkurseröffnung verursacht wird, zu berücksichtigen ist.

Daß bei der Prüfung einer nach § 2o GBO vorgelegten Einigung ein Mangel der Verfügungsbefugnis beachtet werden muß, leuchtet ohne weiteres ein, da es sich bei der Einigung bzw. Auflassung um eine Verfügung handelt. Zwar wird die Rechtsänderung unmittelbar erst durch die Eintragung vollzogen. Jedoch ist die Eintragung nicht rechtsgeschäftlicher Natur, so daß bereits die Einigung als Verfügung anzusehen ist [1].

Zweifelhaft könnte jedoch sein, ob die Verfügungsbefugnis auch für die Wirksamkeit der Bewilligung Bedeutung hat.

b) Bedeutung der Verfügungsbefugnis für die Wirksamkeit der Rechtsänderungsbewilligung

Früher wurde, inbsbesondere vom RG [2], die Auffassung vertreten, die Bewilligung sei eine rechtsgeschäftliche Verfügungserklärung und aus diesem Grunde wurde auch die Prüfung der Verfügungsbefugnis verlangt. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß die Bewilligung nur den Sinn hat, dem Grundbuchamt die Nachprüfung und dem Erwerber den Nachweis der dinglichen Einigung zu ersparen. Für die Wirksamkeit der Eintragung ist die Eintragungsbewilligung ohne

---

1) RGRK-Pritsch § 873 Anm. 77; Soergel-Baur § 873 Rdn. 3; Soergel-Leptien § 185 Rdn. 9; Staudinger-Seufert § 873 Rdn. 35; Westermann § 76 I 4 (S. 38o); a.A.: Wolff-Raiser § 38 II (S. 117 f.): Einigung und Eintragung bilden zusammen eine Verfügung.

2) RGZ 54, 378 (384); ebenso Wolff-Raiser § 33 III (S. 1oo).

Bedeutung. Eine Grundbucheintragung kann wirksam sein, obwohl sie ohne eine Eintragungsbewilligung zustandegekommen ist. Ebenso kann trotz Vorlage einer Eintragungsbewilligung das Grundbuch unrichtig werden, wenn die materielle Einigung nicht vorlag oder nicht wirksam war [1].

Heute wird von einigen Autoren [2] Die Meinung vertreten, die Bewilligung sei eine formell-rechtliche Willenserklärung, die zugleich eine Verfügung enthalte. Auch dieser Auffassung ist jedoch das eben Ausgeführte entgegenzuhalten: da durch die Bewilligung Rechte nicht unmittelbar übertragen, aufgehoben oder verändert werden, kann die Bewilligung keine Verfügung sein.

Die Bewilligung ist vielmehr eine verfahrensrechtliche Erklärung [3]. Dies folgt schon aus der Tatsache, daß das Erfordernis der Bewilligung in einem verfahrensrechtlichen Gesetz, nämlich der Grundbuchordnung, normiert ist. So wird auch in den Motiven zu § 2o (heute § 19 BGO) die Bewilligung dem formellen Grundbuchrecht zugeschrieben und der Unterschied zu den materiellen Erfordernissen

---

1) Siehe dazu die Beispiele bei Ertl DNotZ 1964, 26o (274/275).

2) Horber § 19 Anm. 3; MIR § 19 Rdnrn. 11, 12 ff.; ebenso OLG Köln DNotZ 198o, 628 (63o).

3) Baur § 16 III 4 (S. 134); Eickmann GBVerfahrensrecht 5 § 3 (S. 99); Ertl Rpfleger 198o, 41 ff. (46); Habscheid § 41 II 2 (S. 226); Staudinger-Seufert § 873 Fn. zu Rdn. 55 a; BGH MittRhNotK 198o, 1o8; so früher schon Heck § 38/7 (S. 152) und Heidecker ZBlFG 13, 6o9 ff. (615, 616).

der Eintragung hervorgehoben. Denn es heißt dort [1]: "Die Anforderungen des B.G.B., daß zu der Rechtsänderung ein Vertrag erforderlich sein und ein einseitiges Rechtsgeschäft ... nicht genügen solle, würde drückend werden, wenn im formellen Grundbuchrechte die Darlegung des Abschlusses des Vertrages gegenüber dem Grundbuchamte verlangt würde. ... Wird nun auch an dem materiellen Erfordernisse des Vertrages festgehalten und die einseitige Erklärung des leidenden Theiles nicht für materiell genügend erklärt, so daß also die in Ermangelung eines Vertrages erfolgte Eintragung nach Maßgabe des § 843 des B.G.B. angefochten werden kann, so erscheint doch die Erleichterung aus praktischen Rücksichten geboten, daß das Grundbuchamt bei Feststellung der erforderlichen rechtsgeschäftlichen Grundlage sich mit der einseitigen Eintragungsbewilligung des eingetragenen Berechtigten begnügen und von der Feststellung der Annahmeerklärung des anderen Theiles absehen soll."

Die Einordnung der Bewilligung als verfahrensrechtliche Erklärung schließt aber die Berücksichtigung der Verfügungsbefugnis nicht aus. Denn die Bewilligung soll im Grundbuchverkehr die Einigung ersetzen [2]

---

1) S. 56.

2) Von einem "Surrogat der Einigung" spricht Heck § 38 I 5 (S. 151).

und auf diese Weise zur Rechtfertigung der Eintragung [1] dienen.

Dann muß sie aber auch den Wirksamkeitsvoraussetzungen der Einigung unterworfen werden. Dies bedeutet, daß die für die Verfügungen geltenden Vorschriften auf die Bewilligung entsprechend anzuwenden sind, somit auch die Verfügungsbefugnis des Bewilligenden zu prüfen ist [2].

c) Bedeutung der Verfügungsbefugnis für die Wirksamkeit der Berichtigungsbewilligung

Fraglich ist, ob dies auch gilt, wenn die Bewilligung der Berichtigung des Grundbuchs dienen soll.

Durch eine sogenannte Berichtigungsbewilligung kann der Unrichtigkeitsbeweis gemäß § 22 GBO ersetzt werden. Das Grundbuchamt braucht bei Vorlage einer Bewilligung nicht zu prüfen, ob das Grundbuch tatsächlich unrichtig ist [3].

---

1) So Hesse-Saage-Fischer § 19 II; ähnlich Ertl Rpfleger 198o, 41 ff. (45).

2) So auch Baur § 16 III 4 (S. 134); Eickmann GBVerfahrensrecht 5 § 3 (S. 99); Heck § 38/7 (S. 152); Staudinger-Seufert § 873 Fn. zu Rdn. 55 a.

3) RGZ 73, 154 (156); KGJ 4o, 153 (154); Eickmann GBVerfahrensrecht 9 § 1 II (S. 258); Güthe ZBlfG 13, 125 ff., 167 ff.; MIR § 22 Rdn. 21; Weber GruchBeitr. 53, 354.

Da es bei der Berichtigungsbewilligung nicht um die Veränderung der materiellen Rechtslage geht, könnte man der Ansicht sein, eine Prüfung der Verfügungsbefugnis sei hier nicht erforderlich [1].

Dies würde aber im Konkursfall bedeuten, daß der Gemeinschuldner, wenn er seine Bewilligung nur als "Berichtigungsbewilligung" deklarierte, jede Eintragung erreichen könnte, sofern er nicht selbst als Antragsteller aufträte. Zwar würde das Grundbuch durch eine nur scheinbar berichtigende Eintragung unrichtig, so daß der Konkursverwalter den Anspruch aus § 894 BGB geltend machen und so die Beseitigung der Eintragung erreichen könnte. Jedoch ist zu beachten, daß wegen des Grundsatzes des guten Glaubens die aufgrund der vermeintlichen Berichtigungsbewilligung erfolgte Eintragung Grundlage einer Rechtsänderung werden kann.

Die Motive zum 1. Entwurf einer GBO führten daher aus [2]: "Tritt der Charakter der Bewilligung als einer Bewilligung der Grundbuchberichtigung hervor, so sind an dieselbe die gleichen Anforderungen zu stellen, wie wenn sie auf Herbeiführung der entsprechenden Rechtsänderung gerichtet wäre".

Auch von Güthe [3] wird darauf abgestellt, ob der in der Berichtigungsbewilligung zum Ausdruck kommende Wille des

---

1) Dies könnte man der gelegentlich anzutreffenden Bemerkung entnehmen, daß die Konkurseröffnung lediglich berichtigende Eintragungen nicht hindere, so Staudinger-Seufert § 878 Rdn. 13.

2) Zu § 39 (S. 74).

3) ZBlfG 13, 125 ff., 167 ff. (181); ähnlich Landauer ZBlfG 13, 745 ff., 777 ff., (784/5).

Betroffenen, mit seinem Recht nach Belieben zu verfahren, "von der Rechtsordnung als wirksam anerkannt wird".

Der Grund, weshalb an die Berichtigungsbewilligung die gleichen Wirksamkeitsanforderungen zu stellen sind wie an eine Rechtsänderungsbewilligung, liegt darin, daß es sich nicht um eine Grundbuchberichtigung im verfahrensrechtlichen Sinne handelt, sondern, da vom Nachweis der Unrichtigkeit abgesehen wird, um eine Eintragung aufgrund des formellen Konsensprinzips. Die Berichtigung des Grundbuchs ist hier nur Motiv für die Abgabe der Bewilligung, hat aber für das Grundbuchverfahren keine Bedeutung.

Die Berichtigungsbewilligung ist also eine solche des § 19 GBO [1], d.h. gleichfalls eine verfahrensrechtliche Erklärung, auf die die Vorschriften über Verfügungen entsprechend anzuwenden sind [2].

Auch wenn mit der Bewilligung die Berichtigung des Grundbuchs begehrt wird, ist daher die Verfügungsbefugnis des Bewilligenden zu prüfen [3].

2. Der Streit um die Wirkung der Konkurseröffnung auf die Verfügungsbefugnis

Nachdem nunmehr festgestellt wurde, daß die Verfügungsbefugnis des Betroffenen für die Wirksamkeit der nach §§ 19, 2o GBO vorzulegenden Erklärungen von Bedeutung ist, soll ge-

---

1) So Eickmann GBVerfahrensrecht 9 § 1 II 1 (S. 257); Güthe-Triebel § 22 Rdn. 33; Heidecker ZBlFG 13, 6o9 ff. (617).

2) Siehe dazu oben S. 26/27.

3) So auch sinngemäß Jaeger-Lent § 113 Rdn. 1o.

prüft werden, inwieweit die Konkurseröffnung sich auf die Verfügungsbefugnis des Gemeinschuldners auswirkt.

Im Anfang dieses Jahrhunderts entbrannte hierüber ein Streit, nachdem das KG [1] entschieden hatte, die Konkurseröffnung bewirke eine relative Verfügungsbeschränkung i.S.v. § 135 BGB mit der Konsequenz für den Grundbuchverkehr, daß Eintragungen aufgrund von Erklärungen des Gemeinschuldners auch nach Konkurseröffnung vorzunehmen seien.

Eine Ausnahme machte das KG lediglich für den Fall, daß der Gemeinschuldner eine Löschung bewilligt [2]. Hier sollte eine Eintragung wegen ihrer Endgültigkeit nicht erfolgen dürfen, da den Konkursgläubigern die Möglichkeit gewahrt werden müsse, das Recht zur Masse zurückzuverlangen [3].

a) Die Konkurseröffnung als relative Verfügungsbeschränkung

Das KG und die ihm folgenden Autoren [4] stützten sich auf den Wortlaut des § 7 KO, in dem es heißt, daß Rechtshandlungen des Gemeinschuldners nach Konkurseröffnung "den Konkursgläubigern gegenüber" unwirksam sind. Aus dieser Formulierung schlossen sie, daß dem Gemeinschuldner entgegen dem Wortlaut des § 6 KO die Verfügungsbefugnis nicht völlig entzogen, sondern nur eingeschränkt werde. Sie bezogen sich zur Begründung ihrer Meinung auch auf die Motive zur Novelle der Konkursordnung, in denen es heißt,

---

1) KGJ 22, A 129 ff.; bestätigt in KG OLG 14, 72 ff.

2) KGJ 33, A 242 ff.; bestätigt in KGJ 3o, A 266 ff.; dazu auch KG OLG 14, 72 (75).

3) KGJ 23, A 242 (245).

4) Knoke Festschrift Güterbock S. 41o; Kohler S. 176/177 Fn. 3; Raape S. 1o3 ff.; v. Sarwey-Bossert § 15 Anm.4.

daß der Wortlaut des § 7 KO deshalb geändert werde, um eine Anpassung an § 135 BGB zu erreichen [1]. Das in § 135 BGB geregelte Veräußerungsverbot führt aber zur relativen Unwirksamkeit.

Was man unter relativer Unwirksamkeit zu verstehen hat, ist bis heute streitig. Einige gehen davon aus, daß die relative Unwirksamkeit das Eigentum bzw. die Rechtsinhaberschaft aufspalte: Während für die Allgemeinheit der verbotswidrig Erwerbende Eigentümer bzw. Rechtsinhaber werde, bleibe für den Geschützten der Veräußerer Eigentümer bzw. Rechtsinhaber [2].

Nach anderer Ansicht ist die verbotswidrige Verfügung zwar gegenüber jedermann wirksam, der Verbotsgeschützte hat es aber in der Hand, ihre Unwirksamkeit herbeizuführen [3].

Alle zur relativen Rechtsgestaltung vertretenen Ansichten stimmen aber darin überein, daß die Unwirksamkeit nicht von Amts wegen zu berücksichtigen ist. Dies bedeutet für den Grundbuchverkehr, daß das Grundbuchamt bei Vorliegen einer relativen Verfügungsbeschränkung von der Wirksamkeit der Bewilligung bzw. Auflassungserklärung des Verbotsbetroffenen auszugehen hat [4].

---

1) Siehe Hahn S. 234, dort heißt es wörtlich: "Der Entwurf hat zunächst im Anschluß an das BGB (§ 135) das Wort 'nichtig' durch 'unwirksam' ersetzt".

2) Soergel-Hefermehl §§ 135, 136 Rdn. 18; v. Tuhr II 1 (S. 33o); Wolff-Raiser § 88 IV (S. 354/355).

3) So etwa Raape S. 49 f.; ähnlich Flume § 17/6 (S. 356); Beer S. 177.

4) Münchener Kommentar-Mayer-Maly § 135 Rdn. 42; Soergel-Hefermehl §§ 135, 136 Rdnr. 18; Staudinger-Coing § 135 Rdnr. 3.

Allerdings läßt die herrschende Meinung auch in diesem Fall eine Eintragung nur dann zu, wenn das Veräußerungsverbot bereits aus dem Grundbuch ersichtlich ist [1].

So nahm auch das KG, von seinem Standpunkt her folgerichtig, an, daß nach Konkurseröffnung eine Eintragung nur vorgenommen werden dürfe, wenn der Konkursvermerk vorher im Grundbuch eingetragen werde [2].

b) Die Konkurseröffnung als Entzug der Verfügungsmacht

Der Auffassung des KG trat das RG [3] in einer auf Vorlage ergangenen Entscheidung entgegen. Es führte aus, daß § 7 zwar im Wortlaut dem § 135 BGB entspreche, für die Auslegung aber § 6 KO heranzuziehen sei. Es bleibe also bei dem Grundsatz, daß der Gemeinschuldner die Verfügungsbefugnis verliere und daß diese vom Konkursverwalter ausgeübt werde [4]. Verfügungen des Gemeinschuldners, die erst nach Eröffnung des Konkursverfahrens getroffen oder bei dem Grundbuchamt eingereicht werden, könnten daher nicht zu Eintragungen in das Grundbuch führen [5].

Das RG bezog sich dabei auf die Motive zum BGB [6], in denen es heißt, daß die Wirkung des Konkurses eine stärkere sei als die eines Veräußerungsverbots.

---

1) Güthe-Triebel Vorbem. vor 2. Abschn. Rdn. 7o; Horber § 22 Anm. 7 C a; MIR § 13 Vorbem. 122; Soergel-Hefermehl § 136 Rdn. 18; Staudinger-Coing § 135 Anm. 1o; KG JFG 18, 2o5 (2o7)

2) KG OLG 14, 72 ff.

3) RG LZ 19o9 Sp. 938 ff. = RGZ 71, 38 ff. (gekürzt); bestätigt in RGZ 157, 294 (295)

4) a.a.O. Sp. 939

5) a.a.O. Sp. 94o

6) Bd. I S. 11o

Mit dieser Entscheidung des RG wurde der Streit um die Frage, ob das Grundbuchamt die Konkurseröffnung zu beachten habe, endgültig beigelegt [1].

Die Meinung, daß die Konkurseröffnung wie ein Veräußerungsverbot nach § 135 BGB wirke, also nur eine Verfügungsbeschränkung darstelle, hat sich allerdings bis heute erhalten [2]. Nur wird daraus nicht mehr der Schluß gezogen, daß Eintragungen aufgrund von Erklärungen des Gemeinschuldners erfolgen dürften. Vielmehr wird die Tatsache, daß neben der Verfügungsbeschränkung auch eine Verwaltung angeordnet ist, als entscheidend angesehen [3] und daraus gefolgert, daß das Grundbuchamt - wenn nicht der Fall des § 878 BGB vorliegt - nur noch aufgrund von Eintragungserklärungen des Verwalters tätig werden dürfe.

Im übrigen geht die heute herrschende Meinung übereinstimmend davon aus, daß dem Gemeinschuldner die Verfügungsmacht entzogen werde, so daß die von ihm nach Konkurseröffnung vorgenommenen Verfügungen nicht nur den Konkursgläubigern gegenüber, sondern gegenüber jedermann unwirksam sind [4].

Man setzt sich insofern über den Wortlaut des § 7 KO hinweg mit der Begründung, die Formulierung "gegenüber den Konkursgläubigern" solle nur klarstellen, daß die Unwirksamkeit der Verfügungen nur für die Zwecke des Konkurses eintreten solle [5]. Man spricht hier von einer sachlich oder durch

---

1) Auch das KG schloß sich der Auffassung des RG an, siehe KGJ 4o, 278 ff.

2) Siehe Erman-H.Westermann § 136 Rdn. 6; MIR Vorbem. 133 vor § 13; RGRK-Krüger-Nieland § 135 Anm. 9; Staudinger-Coing § 135 Rdn. 17

3) So MIR Vorbem. 123 vor § 13; Staudinger-Seufert § 892 Rdn. 84

4) Böhle-Stamschräder § 7 Anm. 3; Gerhardt Gläubigeranfechtung S. 15o f.; Jaeger-Lent § 113 Rdn. 9; Mentzel-Kuhn § 7 Rdn. 6; Soergel-Baur § 892 Rdn. 17; Zunft NJW 1956, 736

5) Jaeger-Henckel § 7 Rdn. 14 ff.; Mentzel-Kuhn § 7 Rdn. 6

den Konkurszweck beschränkten Unwirksamkeit [1].

Die Beschränkung auf den Konkurszweck zeigt sich einmal darin, daß die Unwirksamkeit nur für die Dauer des Konkurses besteht. Zum anderen hat der Konkursverwalter auch die Möglichkeit, soweit es dem Konkurszweck dient, Gegenstände aus der Masse freizugeben oder Verfügungen des Gemeinschuldners zu genehmigen und auf diese Weise die Unwirksamkeit zu beenden.

Allein die Auffassung von dem sachlich beschränkten Entzug der Verfügungsbefugnis wird dem Sinn des Gesetzes und den Zwecken des Konkurses gerecht.

Denn § 6 KO spricht klar von einer Entziehung der Verfügungsmacht. Wollte man demgegenüber aus § 7 KO entnehmen, daß dem Gemeinschuldner die Verfügungsmacht doch verbleibt, so würde durch § 7 KO die Vorschrift des § 6 KO nicht nur beschränkt, sondern in ihrem Wesen umgestaltet [2]. Außerdem würde bei dieser Auslegung durch §§ 6, 7 KO eine doppelte Verfügungsmacht geschaffen. Während durch § 6 eine Verfügungsmacht des Konkursverwalters begründet wird, würde nach § 7 die Verfügungsmacht des Gemeinschuldners weiterbestehen. Die Schaffung einer doppelten Verfügungsmacht kann aber nicht Sinn dieser Bestimmungen sein [3]. Denn damit wäre der Durchführung des Konkursverfahrens nicht gedient. Vielmehr würde der ordnungsgemäße Ablauf der Konkursverwaltung behindert. So könnten Kollisionen zwischen Verfügungen des Gemeinschuldners und Verfügungen des Konkursverwalters auftreten [4]. Im übrigen müßte der Konkursverwalter je-

---

1) Gerhardt Gläubigeranfechtung S. 15o; Mentzel-Kuhn § 7 Rdn. 6

2) So auch Predari LZ 19o7, 454 ff. (457); dazu, daß § 7 nicht zur Auslegung des § 6 herangezogen werden darf, siehe OLG Düsseldorf MittRhNotK 1975, 6.

3) So auch RG LZ 19o9 Sp. 938 ff.; Bleyer S. 318

4) So argumentieren auch RG LZ 19o9 Sp. 94o; Jaeger-Lent § 113 Rdn. 9; Oberneck S. 337; Predari LZ 19o7, 454 ff. (458); Schöller DJZ 19o2, 165

weils nach Verfügungen des Gemeinschuldners die Unwirksamkeit geltend machen, wodurch seine Verwaltertätigkeit unnötig belastet würde [1]. § 7 KO wird auch keinesfalls gegenstandslos, wenn man ihn nicht dahin auslegt, daß der Gemeinschuldner seine Verfügungsmacht behalten soll. Vielmehr besteht seine Bedeutung darin, klarzustellen, daß die Entziehung der Verfügungsbefugnis nur für die Zwecke des Konkurses gelten soll. Fehlte die Vorschrift des § 7 KO, wäre ein Erstarken der Gemeinschuldner-Verfügungen zur Wirksamkeit nach Freigabe des betroffenen Gegenstandes durch den Konkursverwalter oder nach Beendigung des Konkurses wohl ausgeschlossen [2].

Die Auffassung von dem Verlust der Verfügungsbefugnis wird im übrigen auch gestützt durch die Formulierungen in § 192 und § 2o6 I KO, wo es heißt, daß der Gemeinschuldner nach Abschluß eines Zwangsvergleichs bzw. Einstellung des Verfahrens das Recht zurückerhält, über die Konkursmasse zu verfügen. Würde sein Recht nämlich nur eingeschränkt, wäre die Formulierung "erhält das Recht zurück" nicht recht verständlich.

c) Die Einordnung der durch die Konkurseröffnung eintretenden Unwirksamkeit

aa) als sachlich beschränkte relative Unwirksamkeit

Umstritten ist allerdings, wie die nach § 7 KO eintretende Unwirksamkeit einzuordnen ist.

---

1) Ebenso Jaeger-Lent § 113 Rdn. 9; Predari LZ 19o7, 454; Schöller DJZ 19o2, 165

2) So auch Herold Sächs.Arch.f.Rpfl. 19o6, 481 ff. (495); Predari LZ 19o7, 454 ff. (459)

Uhlenbruck [1] spricht von "relativer Unwirksamkeit", wobei die Relativität in der Tatsache liegen soll, daß die Unwirksamkeit sachbezogen ist, also nur für die Zwecke des Konkurses gelten soll. Dies führt jedoch zur Begriffsverwirrung. Denn im allgemeinen wird die Relativität subjektiv aufgefaßt: Die Geltendmachung der Unwirksamkeit steht nur den jeweils geschützten Personen zu bzw. - folgt man der Lehre von der Duplizität des Rechtssubjekts - die Gültigkeit wird nach den beteiligten Personen differenziert [2]. Außerdem wäre - wie oben gezeigt - eine relativ unwirksame Verfügung im Grundbuchverkehr als wirksam zu behandeln, da die relative Unwirksamkeit nicht von Amts wegen beachtet wird.

Wenn man also - wie übrigens auch Uhlenbruck - Unwirksamkeit der Verfügung gegenüber jedermann befürwortet, kann man die Rechtsgestaltung im Konkurs nicht der relativen Unwirksamkeit zuordnen [3].

bb) Die Einordnung als absolute Unwirksamkeit

Überwiegend wird die Rechtsfolge des § 7 KO als absolute Unwirksamkeit bezeichnet [4].

Flume [5] formuliert vorsichtiger, die Verfügungsbeschränkung des Gemeinschuldners stehe auf einer Stufe mit den absoluten Verfügungsbeschränkungen.

---

1) Mentzel-Kuhn § 7 Rdn. 6.

2) Erman-H.Westermann Einl. § 1o4 Rdn. 23; Staudinger-Coing Einl. Rdn. 48.

3) So auch Flume § 17/6 b (S. 353); Gerhardt Gläubigeranfechtung S. 15o/151 und Festschrift Flume S. 527 ff. (534); Lange-Köhler § 53 III 2 (S. 349); Soergel-Hefermehl §§ 135, 136 Rdn. 6; Strohal S. 64 ff.; Zunft NJW 1956, 735 ff.

4) Gerhardt Gläubigeranfechtung S. 15o; Soergel-Hefermehl §§ 135, 136 Rdn. 6; Ruhwedel JuS 198o, 161 ff. (164); v.Tuhr II 1 (S. 332 ff.); Zunft NJW 1956, 735 ff.

5) Rechtsgeschäft § 17/6 b (S. 353/354).

Bedenken gegen eine Bezeichnung als absolute Unwirksamkeit könnten sich allenfalls daraus ergeben, daß die Verfügungen durch Freigabe, Genehmigung oder Konkursbeendigung geheilt werden können.

Zunft [1] führt dagegen an, daß auch eine gegen § 161 BGB verstoßende Verfügung absolut unwirksam sei, obwohl sie durch Genehmigung des Anwartschaftsberechtigten geheilt werden könne.

Der Begriff "absolute Unwirksamkeit" schließt auch eine Heilungsmöglichkeit keineswegs aus. Denn der Zusatz "absolut" hat nur die Funktion, den Unterschied zur relativen Wirkung hervorzuheben und den Umfang der Unwirksamkeit zu kennzeichnen: Die Unwirksamkeit ist "absolut", weil sie gegenüber jedermann eintritt und von Amts wegen beachtet werden muß. Eine Aussage über eine etwaige Heilungsmöglichkeit wird durch die Bezeichnung "absolut" nicht getroffen.

cc) Die Einordnung als schwebende Unwirksamkeit

Will man aber die Heilungsmöglichkeit bei der Kennzeichnung der Unwirksamkeit hervorheben, so könnte man die Verfügungen des Gemeinschuldners als "schwebend" unwirksam bezeichnen.

Die Verfügung des Gemeinschuldners kann nämlich mit der Verfügung eines Nichtberechtigten - die allgemein als schwebend unwirksam angesehen wird [2] - verglichen werden. Zwar ist der Gemeinschuldner weiterhin Eigentümer der Grundstücke, über die verfügt wird, also Berechtigter. Aber er kann insofern einem Nichtberechtigten im Sinne des § 185 BGB

---

1) NJW 1956, 735 (736)

2) Z.B. Larenz § 23 VI (S. 414); Lehmann-Hübner § 27 II 3 b (S. 177); Münchener Kommentar-Thiele § 185 Rdn. 55

gleichgesetzt werden, als ihm die Verfügungsgewalt entzogen und dem Konkursverwalter zugeordnet ist [1].

Der Schwebezustand wird in den Fällen der Verfügung eines Nichtberechtigten entweder dadurch behoben, daß der Berechtigte die Verfügung genehmigt oder daß er den Gegenstand der Verfügung erwirbt (§ 185 II BGB).

Ebenso wird die Verfügung des Gemeinschuldners wirksam, wenn der Konkursverwalter sie genehmigt oder wenn der Gemeinschuldner durch Freigabe oder Konkursbeendigung die Verfügungsmacht zurückerlangt.

Die Bezeichnung der konkursbedingten Unwirksamkeit als schwebende Unwirksamkeit entspricht auch dem Grundgedanken dieses Rechtsinstituts: Durch die schwebende Unwirksamkeit sollen entweder die Interessen eines schutzbedürftigen Beteiligten bzw. Dritten gewahrt werden oder es soll eine Kontroll- oder Aufsichtsfunktion über das Geschäft ausgeübt werden [2].

Der Wahrung von Interessen schutzbedürftiger Dritter dient die schwebende Unwirksamkeit auch im Konkurs. Hier sind es die Konkursgläubiger, die davor geschützt werden müssen, daß die Konkursmasse durch Verfügungen des Gemeinschuldners verringert wird.

Für die Frage des Heilungszeitpunktes der Gemeinschuldner-Verfügung wird ebenfalls auf die bei der Verfügung eines Nichtberechtigten geltenden Grundsätze zurückgegriffen: Genehmigt

---

1) Ebenso Gerhardt Festschrift Flume S. 527 ff. (532); Lange-Köhler § 53 II 2 b (S. 347); Münchener Kommentar-Thiele § 185 Rdn. 24; Predari LZ 1907, 454 ff. (458); Soergel-Leptien § 185 Rdn. 2o.

2) Lange-Köhler § 53 II 2 a (S. 347); zu den 3 Kategorien schwebender Unwirksamkeit siehe Häsemeyer S. 54 f.

der Konkursverwalter die Verfügung des Gemeinschuldners, wird diese entsprechend § 185 II i.V.m. § 184 BGB rückwirkend wirksam [1].

Wenn dagegen infolge Konkursbeendigung oder Freigabe ein Gegenstand in die Verfügungsgewalt des Gemeinschuldners zu rückfällt, soll die vorher über diesen Gegenstand getroffene Verfügung erst mit dem Zeitpunkt der Freigabe bzw. Konkursbeendigung wirksam werden [2]. Das entspricht der Auffassung zur Wirkung der sogenannten Konvaleszenz nach § 185 II 1 BGB. Diese hat im Unterschied zur Genehmigung keine rückwirkende Kraft [3]. Daher fallen z.B. bei zunächst unwirksamer Veräußerung einer Sache die Früchte der Zwischenzeit nicht in das Eigentum des Erwerbers [4].

Diese Rechtsfolge ist auch im Falle der Konkursbeendigung sachgerecht, da ansonsten eine nachträgliche Verringerung der Konkursmasse eintreten würde.

Ebenso muß bei der Freigabeerklärung der Konkursverwalter frei entscheiden können, ob dem Erwerber auch die rückständigen Erträge zukommen sollen. Deshalb erfaßt die Freigabeerklärung die rückständigen Erträge nur dann, wenn sie sich ausdrücklich darauf bezieht [5].

Wenn also die Verfügung des Gemeinschuldners bezüglich der Heilungsmöglichkeit wie die Verfügung eines Nichtbe-

---

1) So Böhle-Stamschräder § 7 Anm. 4; Jaeger-Henckel § 7 Rdn. 26; Mentzel-Kuhn § 7 Rdn. 8; Pagenstecher-Grimm § 25 III 2 (S. 88).

2) RGZ 138, 69 (71/72); 149, 19 (22); Böhle-Stamschräder § 7 Anm. 4; Jaeger-Henckel § 7 Rdn. 29; Mentzel-Kuhn § 7 Rdn. 7; Münchener Kommentar-Thiele § 185 Rdn. 65.

3) So z.B. v.Tuhr II 1 § 6o (S. 386).

4) v.Tuhr II 1 § 6o (S. 386) Fn. 13o.

5) So RGZ 138, 69 (72).

rechtigten behandelt wird, spricht nichts dagegen, die nach § 7 KO eintretende Unwirksamkeit auch als "schwebende" Unwirksamkeit zu bezeichnen [1].

Festzuhalten ist somit, daß die Unwirksamkeit der Gemeinschuldner-Verfügung bezüglich ihrer Wirkung nach außen als "absolut" bezeichnet werden muß, d.h. von jedermann zu beachten ist, während sie bezüglich ihrer zeitlichen Dauer wegen verschiedener Heilungsmöglichkeiten als "schwebend" qualifiziert werden kann.

3. Die Wirksamkeit einer nach Konkurseröffnung erklärten Auflassung bzw. Bewilligung

Für den Grundbuchverkehr bedeuten diese Feststellungen, daß sowohl eine vom Gemeinschuldner nach Konkurseröffnung erklärte Auflassung als auch eine von ihm nach Konkurseröffnung abgegebene Bewilligung gemäß § 7 KO schwebend unwirksam ist.

Dabei muß für die Frage der Wirksamkeit der Bewilligung nicht auf die Verfügungsbefugnis abgestellt werden. Denn § 7 KO erfaßt nicht nur Verfügungen, sondern auch sonstige rechtlich erheblichen Handlungen, die der Gemeinschuldner nach Konkurseröffnung zum Nachteil der Masse vernimmt [2].

Hierzu zählen auch Prozeßhandlungen wie Anerkenntnis, Verzicht oder Klagerücknahme [3]. Solchen verfahrensrechtlichen Bewirkungshandlungen [4] kann aber die Bewilligung gleich-

---

1) Für die Bezeichnung als schwebende Unwirksamkeit auch Beer S. 1o3; Strohal S. 65.

2) So Mentzel-Kuhn § 7 Rdn. 2; RGZ 59, 57.

3) Siehe die Nachweise oben S. 6 Fn. 4.

4) Dazu oben S. 6 Fn. 5.

gesetzt werden, da jene ebenso wie die Bewilligung zur Rechtfertigung einer Entscheidung dienen und das Gericht von weiteren Prüfungen der Begründetheit befreien [1].

Demgemäß ist eine nach Konkurseröffnung erklärte Bewilligung des Gemeinschuldners, die die Konkursmasse betrifft, als Rechtshandlung im Sinne des § 7 KO schwebend unwirksam, ohne daß es insoweit auf ihren Verfügungscharakter ankäme.

Die Unwirksamkeit von Auflassung und Bewilligung tritt unabhängig davon ein, ob der Konkursvermerk bereits im Grundbuch eingetragen ist oder nicht [2]. Denn die Konkurseröffnung äußert ihre Wirkung vom Zeitpunkt des Eröffnungsbeschlusses an, so daß die Unwirksamkeit nach § 7 KO mit diesem Zeitpunkt eintritt. Die häufig anzutreffende Formulierung, der Konkursvermerk sperre das Grundbuch [3] ist daher zumindest unpräzise [4].

4. Die Wirksamkeit einer vor Konkurseröffnung erklärten Auflassung bzw. Bewilligung

Da für die Vollendung eines Rechtserwerbs an Grundstücken die Verlautbarung im Grundbuch erforderlich ist, muß die Verfü-

---

1) So auch Ertl Rpfleger 1980, 41 ff., 46; Habscheid FG § 41 II 2.

2) So auch Bleyer KO § 113 Anm. 2 b.

3) So Güthe ZBlfG 2, 812 ff. (817, 818); Soergel-Baur 10. Aufl. § 892 Rdn. 17.

4) Kritisch gegenüber dieser Formulierung auch Eickmann GBVerfahrensrecht 5 § 3 III (S. 109) und Böhringer BWNotZ 1979, 141 (143).

gungsbefugnis bis zum Zeitpunkt der Eintragung vorhanden sein [1].

Der Entzug der Verfügungsmacht durch die Konkurseröffnung kann sich daher auch dann noch auf die Wirksamkeit der Eintragungserklärungen auswirken, wenn der Konkurs erst nach Vornahme der dinglichen Einigung und Abgabe der Bewilligung eröffnet wurde.

a) Die Bedeutung des § 15 KO

Der Grundsatz, daß die Verfügungsbefugnis bis zur Vollendung des Rechtserwerbs fortdauern muß, wird für den Konkursfall in § 15 KO noch einmal wiederholt, indem dort bestimmt wird, daß Rechte an den zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen nach Konkurseröffnung nicht mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern erworben werden können, auch wenn der Erwerb nicht auf einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners beruht.

Hat der Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung die Bewilligung abgegeben bzw. die Auflassung erklärt, hängt der Erwerb von Grundstücksrechten nicht mehr von einer Rechtshandlung seinerseits, sondern allein davon ab, daß die Eintragung vorgenommen wird. § 15 KO ist also auf die Fälle des Grundstücksverkehrs anwendbar, in denen die zur Eintragung erforderlichen Erklärungenvom Gemeinschuldner bereits vor Konkurseröffnung abgegeben wurden [2].

---

1) BGHZ 27, 360 (366); BayObLGZ 1954, 97 (99); KG OLG 45, 188 (189); OLG Hamm DNotZ 1954, 207 (209); Eickmann GBVerfahrensrecht 5 § 3 III (S. 100); Hesse-Saage-Fischer § 19 Anm. III 1 a; Westermann § 76 III 3 (S. 386).

2) So auch Eickmann Rpfleger 1972, 77; Jaeger-Henckel § 15 Rdn. 10, 32 ff.

Klarzustellen ist, daß § 15 KO auch dann Anwendung findet, wenn für den Erwerber bereits eine Vormerkung eingetragen ist [1]. § 24 KO hat nämlich nicht etwa die Wirkung, daß eine vor Konkurseröffnung getroffene Verfügung des Gemeinschuldners trotz § 15 KO wirksam bleibt, wenn bereits eine Vormerkung für den Erwerber eingetragen ist, sondern § 24 KO gibt dem Erwerber in diesem Fall nur einen Anspruch gegen den Konkursverwalter auf Genehmigung der Verfügung.

Wie in § 7 KO ist auch in § 15 KO die Formulierung "gegenüber den Konkursgläubigern" nicht als Anordnung relativer Unwirksamkeit aufzufassen. Vielmehr soll auch hier nur die Unwirksamkeit auf die Zwecke des Konkurses beschränkt werden [2]. Darin - und nicht etwa in der Wiederholung des Grundsatzes, daß die Verfügungsbefugnis bis zur Vollendung der Verfügung fortdauern muß - liegt die Bedeutung dieser Vorschrift.

Für den Grundbuchverkehr bedeutsam ist die Vorschrift außerdem dadurch, daß sie § 878 BGB für anwendbar erklärt.

In letzterem zeigt sich übrigens wieder, daß das Gesetz die Wirkung der Konkurseröffnung nicht einer Verfügungsbeschränkung gleichstellen wollte. Denn bewirkte die Konkurseröffnung lediglich eine Verfügungsbeschränkung und nicht einen Entzug der Verfügungsmacht, bedürfte es keiner Verweisung auf § 878 BGB, da diese Vorschrift bei Verfügungsbeschränkungen unmittelbar anwendbar ist [3].

---

1) Insoweit mißverständlich Mentzel-Kuhn § 24 Rdn. 6, der davon spricht, daß der Gläubiger den Beschränkungen des § 15 nicht unterworfen sei.

2) So auch Böhle-Stamschräder § 15 Anm. 8 i.V.m. § 7 Anm. 3; Jaeger-Henckel § 15 Rdn. 1o5.

3) Ähnlich Jaeger-Henckel § 15 Rdn. 1o9.

b) Die Bindung nach §§ 878, 873 II BGB

Nach §§ 15 KO, 878 BGB hat die Konkurseröffnung keine Wirkung mehr auf die Einigung, wenn der Antrag bereits vorher gestellt und die Verfügung bindend war. Dies gilt unabhängig davon, ob der Konkursvermerk bereits eingetragen [1] oder dem Erwerber die Konkurseröffnung bekannt geworden ist [2].

Da nach dem oben Gesagten [3] die Bewilligung als Surrogat der Einigung an den Wirksamkeitsvoraussetzungen der Einigung zu messen ist, muß § 878 BGB auch entsprechend auf die Bewilligung angewandt werden [4]. Entsprechende Anwendung bedeutet hier, daß gefragt werden muß, ob die Voraussetzungen für eine bindende Einigung nach § 873 II BGB vorliegen. Ist dies der Fall, bleibt die Bewilligung trotz zwischenzeitlicher Konkurseröffnung wirksam, sofern der Antrag vor Konkurseröffnung gestellt worden ist.

Da eine Gebundenheit an die Verfügung eintritt, wenn die Erklärungen beider Parteien notariell beurkundet sind, ist § 878 BGB immer bei einer gemäß § 2o GBO vorzulegenden Auflassung anzuwenden - sofern die Antragstellung erfolgt ist -, da die Auflassung nur durch notarielle Beurkundung nachgewiesen werden kann (§ 925 BGB, § 29 GBO).

Ebenso liegt ein Fall des § 15 KO i.V.m. § 878 BGB vor, wenn dem durch die Eintragung Begünstigten die Bewilligung ausgehändigt worden ist, also die Bindung nach § 873 II 4. Alt. BGB eingetreten ist.

---

1) Eickmann Rpfleger 1972, 77 ff. (78); Haegele Konkurs, Vergleich, Gläubigeranfechtung S. 81; Palandt-Bassenge § 878 Anm. 5 a; Soergel-Baur § 878 Rdn. 8.

2) Jaegeöe a.a.O.; Palandt-Bassenge a.a.O.; Rahn NJW 1959, 97; Schönfeld NJW 1959, 1417.

3) Siehe S. 27.

4) So Jaeger-Henckel § 15 Rdn. 1o8; bezüglich Berichtigungsbewilligung Palandt-Bassenge § 878 Anm. 2 a; Soergel-Baur § 878 Rdn. 2; Staudinger-Seufert § 878 Rdn. 2.

Die Streitfrage, ob das Grundbuchamt bei Einreichung der Bewilligung durch den Begünstigten davon ausgehen kann, daß sie ihm vom Betroffenen ausgehändigt wurde [1], hat heute keine große praktische Bedeutung mehr. Denn nachdem die Notare durch das Beurkundungsgesetz das Beurkundungs- und Beglaubigungsmonopol erhalten haben, wird in der Regel die Bewilligung durch den Notar eingereicht und der Antrag gemäß § 15 GBO, d.h. im Namen aller Antragsberechtigten, gestellt.

Fraglich ist, ob auch in diesem Fall die Bindungswirkung nach § 873 II BGB eintreten kann. Hält man sich streng an den Gesetzeswortlaut und verlangt für den Eintritt der Bindungswirkung eine körperliche Übergabe, wäre der Notar zur Herbeiführung der Bindung gezwungen, dem Erwerber zunächst die Bewilligung zu übersenden und könnte erst nach Rücksendung den Eintragungsantrag stellen.

Um auch ohne dieses umständliche Verfahren eine Bindungswirkung herbeiführen zu können, ließ die Rechtsprechung früher eine Weisung an den Notar ausreichen, dem Begünstigten eine Ausfertigung zu erteilen [2]. Der BGH [3] hat diese Ansicht jedoch verworfen und festgestellt, daß die Bindung an die Einigung von der Beachtung der Förmlichkeiten des § 873 II BGB abhängig ist, weil nur dadurch der Zweck dieser Vorschrift erreicht werden könne: die Verhinderung übereilter und leichtfertiger Grundstücksverfügungen und die Sicherung des Rechtsverkehrs. Demnach ist also eine Erstreckung der Bindungswirkung auf andere Sachverhalte durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung nicht möglich.

---

1) Siehe dazu Eickmann GBVerfahrensrecht 5 § 5 III (S. 179) und Rpfleger 1979, 169 ff., 173; Horber § 19 Anm. 9 A b.

2) OLG Bremen DNotZ 1956, 215 ff.; OLG München DNotZ 1966, 283 ff.

3) BGH DNotZ 1967, 37o ff. ebenso OLG Frankfurt DNotZ 197o, 162; früher schon Becker-Berke DNotZ 1959, 516 ff. (527 ff.).

Eine Vorverlegung des Bindungszeitpunktes läßt sich nach Ansicht des BGH nur dadurch ermöglichen, daß der Betroffene den Notar zur Erteilung einer Ausfertigung der Bewilligung an den Begünstigten anweist und dieser den Notar ermächtigt, die Ausfertigung entgegenzunehmen [1]. Im Falle einer solchen Doppelermächtigung tritt die Bindung dann ein, wenn der Notar die Ausfertigung erstellt, da er sie in demselben Moment als Vertreter des Begünstigten in Empfang nimmt.

Für das Grundbuchamt ist diese Doppelermächtigung allerdings nur dann beachtlich, wenn sie durch öffentliche Urkunden nachgewiesen ist. Das ergibt sich aus § 29 I 2 GBO. Denn die Doppelermächtigung ist eine "andere Voraussetzung der Eintragung" im Sinne dieser Vorschrift, da sie die Bindung herbeiführt, die für die Anwendung des § 878 BGB erforderlich ist.

Eine Vermutung für die Ermächtigung entsprechend § 15 GBO besteht nicht [2], da sich diese Vorschrift nur auf die Ermächtigung zur Antragstellung bezieht.

Eine Bindung tritt nach § 873 II BGB auch dann ein, wenn die Einigung in privatschriftlicher Form beim Grundbuchamt eingereicht wird [3]. Denn nach dem Wortlaut der Vorschrift soll die Bindungswirkung entweder durch die Beurkundung oder das Einreichen der Einigung beim Grundbuchamt herbeigeführt werden.

---

1) BGH DNotZ 1963, 433 (435) und DNotZ 1967, 37o ff. (371).

2) Ebenso Ertl DNotZ 1967, 562 ff. (565).

3) Jetzt ganz h.M., siehr nur RGRK-Augustin § 873 Rdn. 127; Soergel-Baur § 873 Rdn. 33; Staudinger-Seufert § 873 Rdn. 47.

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob das Grundbuchamt die Vorschriften der §§ 15 KO, 878 BGB auch zu beachten hat, wenn deren Voraussetzungen durch Einreichen einer privatschriftlichen Einigung erfüllt wird.

Fehlt es an einer formgerechten Bewilligung, ist die Vorlage der privatschriftlichen Einigung unbeachtlich. Denn allein aufgrund der privatschriftlichen Einigung kann eine Eintragung wegen der Formvorschrift des § 29 I 1 GBO nicht erfolgen, selbst wenn diese Einigung nach § 873 II BGB bindend ist [1]. Eine Heilung des Mangels durch notarielle Beurkundung der Einigung oder Abgabe einer Bewilligung kommt nach Konkurseröffnung nicht in Betracht. Denn diese Erklärungen werden gemäß § 7 KO nicht mehr wirksam. Daß sie nur Wiederholungen einer wirksam gebliebenen Einigung darstellen, hat keine Bedeutung, da die frühere Erklärung mangels Einhaltung der Form für das Grundbuchamt unbeachtlich ist [2].

Wird dagegen zusätzlich zur privatschriftlichen Einigung vor Konkurseröffnung eine formgerechte Bewilligung eingereicht, hat das Grundbuchamt die durch die Einreichung der Einigung eingetretene Bindung bei seiner Entscheidung über die Eintragung zu beachten und gemäß §§ 15 KO, 878 BGB trotz Konkurseröffnung dem Eintragungsantrage stattzugeben.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß es der Einigung an der erforderlichen Form mangele. Denn wenn zugleich die Bewilligung vorliegt, ist die Einigung keine zur Eintragung erforderliche Erklärung, die der Form des § 29 I 1 GBO be-

---

1) So auch Heidekcer ZBlFG 13, 6o9 ff. (611).

2) Anders Heidecker ZBlfG 13, 6o9 ff. (612): die Eintragungsbewilligung kann nachgeholt werden, da sie nicht wie eine Verfügung zu behandeln ist, sondern als Beweismittel eine reine Verfahrenshandlung ohne rechtsgeschäftlichen Charakter darstellt.

dürfte. Vielmehr ist das Einreichen der Einigung eine "andere Voraussetzung der Eintragung" im Sinne des § 29 I 2 GBO, da diese Tatsache die Anwendung des § 878 BGB auf die Bewilligung begründen soll. Solche Eintragungsvoraussetzungen bedürfen aber nur dann des Nachweises durch öffentliche Urkunden, wenn sie nicht bei dem Grundbuchamt offenkundig sind. Da nach dem Willen des Gesetzes für den Eintritt der Bindung und damit für die Anwendung des § 878 BGB ausreicht, wenn sich die Parteien ihrer Erklärungen durch Einreichen beim Grundbuchamt entäußert haben, ist nur die Tatsache der Entäußerung privatschriftlicher Einigungserklärungen dem Grundbuchamt nachzuweisen. Diese Tatsache ist aber bei dem Grundbuchamt offenkundig, wenn die Einigungserklärungen zu den Akten gereicht sind.

Festzuhalten ist somit, daß Verfügungen und Bewilligungen des Gemeinschuldners, die nebst Antrag beim Grundbuchamt eingereicht sind, gemäß §§ 15 KO, 878 BGB trotz nachfolgender Konkurseröffnung zur Eintragung führen können. Allerdings ist in jedem Fall zu prüfen, ob die Bindung nach § 873 II BGB eingetreten und in gehöriger Form nachgewiesen ist.

5. Die Briefaushändigung nach Konkurseröffnung

Bezieht sich die entsprechend §§ 15 KO, 878 BGB wirksam gebliebene Bewilligung auf die Eintragung eines Briefrechtes, kann ein weiteres verfahrensrechtliches Problem auftreten, nämlich die Frage, ob der Brief an den Gläubiger ausgehändigt werden darf [1].

Für das Entstehen eines Briefrechtes ist außer der Einigung und Eintragung die Übergabe des Briefes erforderlich (§§ 1117 I, 1192 BGB). Da nach dem Grundsatz des § 15 KO ein Rechtserwerb nicht mehr möglich ist, wenn auch nur ein Element des Er-

---

1) Dazu auch Eickmann Rpfleger 1972, 77 ff. (80).

werbstatbestandes fehlt, kann also der Gläubiger ein Briefrecht nach Konkurseröffnung nicht mehr erwerben, wenn die Übergabe des Briefes noch nicht erfolgt ist [1].

Allerdings kann die Übergabe durch die Vereinbarung gemäß § 1117 II BGB ersetzt werden, daß der Gläubiger berechtigt sein solle, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen. Ist diese Vereinbarung getroffen, erwirbt der Gläubiger das Recht bereits mit der Eintragung und ihm steht gemäß § 952 BGB das Eigentum am Brief zu [2]. Die Konkurseröffnung kann also in diesem Falle den Rechtserwerb des Gläubigers nicht hindern [3].

Der Nachweis der Vereinbarung muß allerdings in der Form des § 29 I 1 GBO erfolgen. Zwar bezieht sich diese Formvorschrift unmittelbar nur auf die zur Eintragung erforderlichen Erklärungen. Jedoch muß ihr Grundgedanke, daß die im Grundbuchverkehr wesentlichen Tatsachen durch das sicherste Beweismittel, nämlich den Urkundenbeweis, nachgewiesen werden müssen [4], auch dann zum Tragen kommen, wenn es um die Frage geht, wem der Brief auszuhändigen ist [5], da dies für den Rechtserwerb entscheidend ist.

---

1) Eickmann Rpfleger 1972, 77 ff. (8o); Jaeger-Henckel § 15 Rdn. 33; Mentzel-Kuhn § 15 Rdn. 18; Wörbelauer DNotZ 1965, 518 ff. (523); Wolff § 15 Anm. 4; KG Rpfleger 1975, 89.

2) KGJ 4o, 322 (324); KG Rpfleger 1975, 89; Eickmann Rpfleger 1972, 77 ff. (81); Güthe-Triebel § 6o Rdn. 2o; Horber § 6o Anm. 1; RGRK-Schuster § 1117 Anm. 7; Staudinger-Scherübl § 1117 Rdn. 13 a; Soergel-Baur § 1117 Rdn. 6.

3) RGZ 77, 1o6 (1o7); Mentzel-Kuhn § 15 Rdn. 18; Wörbelauer DNotZ 1965, 518 ff. (523).

4) Güthe-Triebel § 6o Rdn. 5.

5) So auch KGJ 25 A 153 (155); Staudinger-Scherübl § 1117 Rdn. 14.

Die Vorlage der Vereinbarung nach § 1117 II BGB ist eine abweichende Bestimmung im Sinne von § 6o II GBO, die das Grundbuchamt berechtigt, von dem Grundsatz des § 6o I GBO abzuweichen und den neu erteilten Brief unmittelbar dem Gläubiger auszuhändigen.

Nun kann eine Anweisung nach § 6o II GBO aber auch unabhängig von einer Vereinbarung gemäß § 1117 II BGB erfolgen, da es sich lediglich um eine einseitige, auf das Verfahren bezogene Erklärung handelt [1].

Wird dem Grundbuchamt nur eine solche einseitige Anweisung nach § 6o II GBO vorgelegt, kann es nicht davon ausgehen, daß auch eine Vereinbarung gemäß § 1117 II BGB getroffen wurde. Soweit aber eine derartige Vereinbarung nicht besteht, kann der Gläubiger das Recht wegen § 15 KO nicht mehr erwerben. Daher muß die Aushändigung des Briefes an den Gläubiger nach Konkurseröffnung trotz der Erklärung gemäß § 6o II GBO unterbleiben, weil der Rechtspfleger nach dem Legalitätsprinzip nicht wissentlich an einer unwirksamen Rechtshandlung mitwirken darf.

Der Brief darf also nach Konkurseröffnung nur dann dem Gläubiger ausgehändigt werden, wenn dem Grundbuchamt eine vor Konkurseröffnung getroffene Vereinbarung nach § 1117 II BGB in der Form des § 29 I 1 GBO vorgelegt wird [2].

---

1) Derleder DNotZ 1971, 272 ff. (275); Eickmann Rpfleger 1972, 77 ff. (81).

2) Dazu, daß in diesem Fall die Aushändigung an den Gläubiger erfolgen muß KG Rpfleger 1975, 89 (9o).

Man könnte nun auf den Gedanken kommen, daß das Grundbuchamt dann, wenn die Aushändigung des Briefes an den Gläubiger nicht mehr infrage kommt, schon die Eintragung des Rechts auf den Namen des Gläubigers verweigern müßte, da eine solche Eintragung nicht mit der wahren Rechtslage übereinstimmen würde.

Jedoch geht auch die gesetzliche Regelung davon aus, daß zunächst die Eintragung vorgenommen wird, ohne Rücksicht darauf, ob der Erwerb durch den Gläubiger, der bei einer Hypothek nicht nur von der Briefübergabe sondern auch von der Auszahlung der Valuta abhängig ist, tatsächlich erfolgt. Dies ergibt sich aus der Formulierung des § 1163 BGB, da hier von der (bereits entstandenen) Hypothek die Rede ist.

Außerdem wird durch die Unrichtigkeit des Grundbuchs in diesem Fall auch kein Schaden verursacht, da ein Rechtsverlust durch gutgläubigen Erwerb bereits durch die Nichtaushändigung des Briefes ausgeschlossen ist. Denn der Gläubiger könnte nur dann eine Verfügung als Nichtberechtigter vornehmen, wenn er im Besitz des Briefes wäre.

Das Grundbuchamt ist also nicht gehalten, bereits die Eintragung des Rechts auf den Namen des Gläubigers abzulehnen. Es wird seiner Aufgabe, die wahren Berechtigten vor Rechtsverlust zu schützen, vielmehr dadurch gerecht, daß es den Brief nicht dem Gläubiger aushändigt. Die Beseitigung der Grundbuchunrichtigkeit obliegt dann dem Konkursverwalter, der den Anspruch aus § 894 BGB gegenüber dem Gläubiger geltend machen kann [1].

IV. Die Verwertung von amtlicher oder privater Kenntnis von der Konkurseröffnung bei der Entscheidung des Grundbuchrechtspflegers

Nachdem festgestellt wurde, daß das Grundbuchamt die Konkurs-

---

1) So auch RGZ 77, 1o6 ff.

eröffnung bei seiner Entscheidung über die Eintragung zu berücksichtigen hat, stellt sich nunmehr die Frage, ob es gleichgültig ist, auf welchem Wege das Grundbuchamt von der Konkurseröffnung Kenntnis erlangt hat und ob der bloße Verdacht der Konkurseröffnung ausreicht.

Daß der Rechtspfleger die Konkurseröffnung zu berücksichtigen hat, wenn der Konkursvermerk gemäß § 113 KO bereits im Grundbuch eingetragen ist, unterliegt keinem Zweifel, denn der Grundbuchbeamte hat seine Entscheidung jedenfalls am Grundbuchinhalt zu orientieren [1]. Problematisch sind jedoch die Fälle, in denen dem Grundbuchamt das nach dem zu bearbeitenden Antrag eingegangene Ersuchen um Eintragung des Konkursvermerks [2] vorliegt oder der Rechtspfleger von der Konkurseröffnung Kenntnis hat, weil er gleichzeitig auch Konkurssachen bearbeitet oder von dem zuständigen Kollegen unterrichtet wurde. Endlich ist auch zweifelhaft, ob der Rechtspfleger privates Wissen von der Konkurseröffnung, das etwa aus einer Zeitungs- oder Rundfunkmeldung herrühren kann, verwerten darf.

Die Motive [3] zum Entwurf einer GBO bezogen zu der Frage der Verwertbarkeit von Tatsachen wie folgt Stellung:

> "Selbstverständlich ist, daß das Grundbuchamt seine Entscheidung nur auf das mit dem Antrag vorgelegte oder in dem Antrag als vorliegend in Bezug genommene Urkundenmaterial zu stützen hat; möglich bleibt, daß die rechtlichen Folgen der vorgebrachten Tatsachen

---

1) Staudinger-Seufert § 891 Rdn.4o.

2) War das Ersuchen schon vor dem Eintragungsantrag eingegangen, muß es gemäß § 17 GBO auch vor diesem erledigt werden. Bei Bearbeitung des Antrags ergibt sich dann die Konkurseröffnung aus dem Grundbuch, so daß sie schon deshalb zu berücksichtigen ist.

3) S. 73/74.

durch andere hinzugetretene nicht vorgebrachte Tatsachen entkräftet werden. Eine Nachforschung in dieser Richtung oder auch nur eine Benutzung sonst an das Grundbuchamt gelangter Urkunden und eine Zurückweisung des Antrages auf Grund des Ergebnisses eines solchen weiteren Materials ist dem Grundbuchamt nicht gestattet."

Bei dieser Formulierung bleibt allerdings unklar, woraus sich andere Tatsachen ergeben sollen, durch die die rechtlichen Folgen der vorgebrachten Tatsachen entkräftet werden können. Wenn das Grundbuchamt auch sonst in die Akten gelangte Tatsachen nicht verwerten darf, könnten sich verwertbare Tatsachen wohl nur aus dem Grundbuchinhalt ergeben.

Dementsprechend vertraten früher einige Autoren [1] die Meinung, das Grundbuchamt dürfe bei der Prüfung der Eintragungsunterlagen grundsätzlich keine Tatsachen verwerten, die ihm außerhalb des von den Parteien vorgelegten Urkundenmaterials bekannt geworden seien, sofern sie sich nicht aus dem Grundbuch ergäben.

Andere [2] erweiterten den Umfang des zu verwertenden Materials noch auf den Inhalt der Grundakten, so daß danach auch ein Ersuchen um Eintragung des Konkursvermerks zu berücksichtigen wäre.

Demgegenüber führte das KG in seiner Entscheidung vom 17.9.19oo [3] aus, ein Rechtssatz , daß der Grundbuchrichter an das von den Parteien beigebrachte Urkundenmaterial gebunden sei, sei den Grundbuchgesetzen fremd. Der Grundbuchrichter habe vielmehr das Recht, auch Bedenken, die ihm nicht von den Beteiligten selbst entgegengebracht werden, in den Kreis seiner Erwägungen zu ziehen.

---

1) v.Rozycki-v.Hoewel S. 8; Weber GruchBeitr. 53, 352 ff.

2) KGJ 2o A 282; OLG München DFG 1937, 211; du Chesne RheinZ 5, 222.

3) RJA 1, 163.

Diesen Grundsatz schränkte es in einer späteren Entscheidung [1] dahin ein, daß der Grundbuchrichter Tatsachen berücksichtigen dürfe, die in beglaubigter Form im Rahmen seiner dienstlichen Tätigkeit, wenn auch nicht gerade in seinen Funktionen als Grundbuchrichter, zu seiner Kenntnis gelangt seien. Damit wurde also die Verwertung privaten Wissens ausgeschlossen.

Heute hat sich - dem BGH [2] folgend - die Ansicht durchgesetzt, das Grundbuchamt sei bei seiner Prüfung nicht auf die Eintragungsunterlagen beschränkt, sondern habe auch Umstände zu berücksichtigen, die ihm "sonst" bekannt geworden seien [3]. Nach dieser weiten Formulierung muß auch privates Wissen des Rechtspflegers Berücksichtigung finden [4].

1. Beibringungsgrundsatz und Legalitätsprinzip im Grundbuchverfahren

Fraglich ist, ob diese Ansicht mit den im Grundbuchrecht geltenden Verfahrensgrundsätzen vereinbar ist.

Nach § 12 FGG gilt in der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Grundsatz der Amtsermittlung. Dies bedeutet, daß das Gericht selbst die zur Entscheidung erheblichen Tatsachen ermitteln muß.

---

1) KGJ 25 A 117 (118/119); dem folgend Oberneck SeuffBl. 72 4o9 (461).

2) BGHZ 35, 135 (141); 64, 246 (25o).

3) Ebenso BayObLGZ 1967, 13 (17); 1969, 278 (281); Ertl in KEHE Einl. Anm. 111; Jansen § 12 Rdn. 2; Münchener Kommentar-Gernhuber § 1365 Rdn. 65.

4) Dagegen Riedel BlGBW 1966, 221 ff. (223), der folgenden erstaunlichen Vorschlag macht: Der Rechtspfleger solle sich selbst ablehnen, wenn ihm eine der Eintragung entgegenstehende Tatsache aufgrund privaten Wissens bekannt sei. Sein Vertreter könne die Tatsache aber verwerten, da sie nunmehr aktenkundig sei.

Wie § 18 GBO zeigt, wird im Grundbuchantragsverfahren dieser Grundsatz jedoch nicht angewandt [1]. Denn der Vorschrift des § 18 GBO bedürfte es nicht, wenn der Rechtspfleger zu eigenen Ermittlungen verpflichtet wäre [2]. Im Grundbuchantragsverfahren gilt vielmehr der sogenannte Beibringungsgrundsatz, d.h. der Antragsteller hat die zur Eintragung erforderlichen Tatsachen nachzuweisen [3].

Die Geltung des Beibringungsgrundsatzes könnte nun gleichzeitig bedeuten, daß der Rechtspfleger ihm bekannte, nicht vorgetragene Tatsachen nicht berücksichtigen darf [4].

Selbst im Zivilprozeß wird aber - soweit es um die Verfahrensvoraussetzungen geht - der Beibringungsgrundsatz nicht so streng angewandt. Vielmehr soll hier das Gericht wegen des öffentlichen Interesses an der Einhaltung der Verfahrensvoraussetzungen von sich aus Tatsachen einführen dürfen, die für die Unzulässigkeit sprechen [5].

Wenn bereits ein öffentliches Interesse an der Einhaltung allgemeiner Verfahrensvoraussetzungen und damit eine umfassende Amtsprüfung bejaht wird, muß dies für die Eintragungsvoraussetzungen der §§ 19, 2o GBO umso mehr gelten. Denn Tatsachen, die gegen die Wirksamkeit der Bewilligung bzw. Auflassung sprechen, sprechen zugleich gegen die materielle Richtigkeit der Grundbucheintragung, da die Vor-

---

1) BayObLGZ 1959, 446; 1969, 281; 1971, 257; KG Rpfleger 1968, 224; OLG Hamburg MDR 1968, 497; Horber § 1 Anm. 5 G; Jansen § 12 Rdn. 2; MIR § 1 Anm. 1 6 b

2) OLG Hamburg MDR 1968, 497; Riedl S. 63/64

3) BGHZ 3o, 258; 35, 135, 139; Eickmann GBVerfahrensrecht 7 § 1 I (S. 217)

4) So Brüggemann S. 119/12o; Vassel S. 47/48

5) So Stein-Jonas-Schumann-Leipold vor § 128 VII 3 b; Weber BuschsZ 57, 91

lage dieser Erklärungen dem Nachweis eines wirksamen Verfügungsgeschäfts dienen soll [1].

Die Richtigkeit des Grundbuchs muß aber so weitgehend wie möglich gewährleistet werden. Diesem Ziel, dem sogenannten Legalitätsprinzip [2], müssen sich auch die Verfahrensgrundsätze unterordnen, soweit dadurch nicht elementare Rechte von Verfahrensbeteiligten verletzt werden. Eine solche Rechtsverletzung ist bei der Einschränkung des Beibringungsgrundsatzes nicht ersichtlich. Denn die Wahl des Beibringungsgrundsatzes und nicht etwa der Untersuchungsmaxime für das Grundbuchverfahren erfolgte - ebenso wie im Zivilprozeß - nicht im Interesse der Beteiligten, sondern aus reinen Zweckmäßigkeitserwägungen [3], da man davon ausgeht, daß derjenige, der eine Eintragung begehrt, alle dafür erforderlichen Tatsachen von sich aus nachweisen werde.

Soweit also dem Rechtspfleger Tatsachen bekannt werden, die gegen die Wirksamkeit der Eintragungserklärungen sprechen, kann er diese Tatsachen bei der Entscheidung über die Eintragung berücksichtigen, unabhängig davon, aus welcher Quelle er sein Wissen bezogen hat.

Auf die Frage, inwieweit dabei der Anspruch der Verfahrensbeteiligten auf rechtliches Gehör zu wahren ist, wird später noch einzugehen sein [4].

Die Berücksichtigung nicht vorgetragener Tatsachen ist auch nicht etwa auf solche Tatsachen zu beschränken, die dem Rechtspfleger in der Form des § 29 GBO bekannt geworden sind, also sich entweder aus Urkunden ergeben oder offenkundig sind [5]. Denn nach ihrem Sinn und Zweck greift die Vorschrift

---

1) Ähnlich auch Eickmann Rpfleger 1979, 169/17o, der in Anbetracht der besonderen Verfahrensstruktur von dem "grundbuchrechtlichen Beibringungsgrundsatz" spricht.

2) Dazu oben S. 22.

3) So für den Zivilprozeß Rosenberg-Schwab § 78 I 3 (S. 4o5).

4) Siehe unten S. 7o ff.

5) Für eine solche Beschränkung Ertl DNotZ 1967, 339 ff. (341); v.Rozycki-v.Hoewl S. 8.

des § 29 GBO nicht ein, soweit es um den Nachweis von Tatsachen geht, die einer Eintragung entgegenstehen [1]. Die Formvorschrift soll vielmehr davor schützen, daß unrichtige Eintragungen vorgenommen werden, und so der "öffentliche Glaube" des Grundbuchs Schaden leidet, nicht aber davor, daß Eintragungsanträge zu Unrecht abgelehnt werden. So heißt es auch in den Motiven zum Entwurf einer GBO (§ 39) [2]: "Die mit dem Grundsatze der publica fides des Grundbuches verbundenen Gefahren machen es erforderlich, durch eine Verfahrensvorschrift das Grundbuchamt anzuweisen, aus welchen Quellen dasselbe seine Überzeugung zu schöpfen hat, und dasselbe auf die Benutzung völlig zuverlässiger Quellen zu beschränken".

Ein weiteres Bedenken gegen die Berücksichtigung privaten Wissens des Rechtspflegers bei der Entscheidung über einen Eintragungsantrag könnte sich ergeben, wenn man der Auffassung Eickmanns [3] folgt, daß eintragungshindernde Tatsachen zwar mit allen im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zulässigen Beweismitteln festgestellt werden können, die Erhebung der Beweise jedoch nach den Regeln des Strengbeweises erfolgen muß.

Diese von Eickmann aufgestellten Grundsätze stehen im Zusammenhang mit seinem Versuch, die Gewinnung der Entscheidungsgrundlagen im Grundbuchverfahren als Beweisaufnahme einzuordnen. Ein solcher Versuch muß aber notwendigerweise scheitern, da es im Grundbuchverahren nicht darum geht, streitige Tatsachen zu beweisen. Vielmehr ist im Grundbuchverfahren bereits der Parteivortrag formbedürftig. Eine nicht formgerechte Einigung und Bewilligung kann nämlich auch dann nicht

---

1) BayObLGZ 1967, 13 ff.; Eickmann GBVerfahrensrecht 5 § 5 III (S. 182/183) und Rpfleger 1979, 169 ff. (172); Habscheid FGG § 41 II 6 (S. 23o); Horber Grdz. vor § 13 7 B.

2) S. 72.

3) Eickmann Rpfleger 1979, 169 ff. (172).

zur Eintragung führen, wenn die Tatsachen der Erklärung unstreitig ist.

Daher lassen sich weder die Vorschriften über die Beweismittel noch die Regeln über den Anscheinsbeweis oder die Beweiswürdigung auf das Grundbuchverfahren übertragen.

Die Frage, ob der Rechtspfleger bei seiner Entscheidung privates oder dienstliches Wissen über eintragungshindernde Tatsachen verwerten darf, ist im übrigen keine Frage des Beweismittels, sondern stellt sich schon im Vorfeld einer "Beweisaufnahme". Denn sie betrifft allein das Problem, ob auch von Amts wegen Tatsachen in den Entscheidungsprozeß eingeführt werden dürfen. Dies muß aber - wie oben gezeigt - im öffentlichen Interesse möglich sein [1].

2. Die Anwendung der zivilrechtlichen Beweislastregeln im Grundbuchverkehr

Mit der Feststellung, daß der Rechtspfleger auch anderes Tatsachenmaterial verwerten darf als die von den Parteien beigebrachten Urkunden, ist noch nicht geklärt, ob anhand dieser Tatsachen die Konkurseröffnung zweifelsfrei feststehen muß [2] oder ob der Verdacht auf Konkurseröffnung ausreicht, der sich etwa aus der Kenntnis des Konkursantrags ergeben kann.

Daß das Grundbuchamt einem Verdacht nachgehen darf, kann nicht schon mit der Begründung abgelehnt werden, daß es bis zur Widerlegung an die Vermutung der §§ 891, 892 BGB gebunden sei [3] und die Verfügungsbefugnis nur dann der Prüfungspflicht

---

1) Dies klingt auch bei Eickmann Rpfleger 1979, 169 ff. an, wenn er von einer "Sicherungspflicht" des Staates spricht, die es grundsätzlich verbiete, die Eintragungen und deren Inhalt allein den Beteiligten anzuvertrauen.

2) So KGJ 41 A 201; OLG Stuttgart DNotZ 1960, 601; v.Rozycki-v.Hoewel S. 8.

3) So aber Weber GruchBeitr. 53, 352 ff. (361); ähnlich Eickmann Rpfleger 1972, 77 ff. (79) und Rpfleger 1979, 169 ff. (175).

des Grundbuchamts unterliege, wenn der Bewilligende bzw. Auflassende nicht eingetragen sei.

Zum einen hindern gesetzliche Vermutungen, sofern sie widerlegbar sind, nicht die Nachforschung des Grundbuchamts. Vielmehr muß die Unrichtigkeit der Vermutung von Amts wegen ermittelt werden, falls ein Anlaß dafür vorliegt [1].

Zum anderen ist auch fraglich, ob diese Vorschriften überhaupt eine Vermutung für das Vorliegen der Verfügungsbefugnis aufstellen.

§ 892 BGB enthält nur eine Beweislastverteilung, die erst nach vollendetem Erwerb eingreift [2]. Diese Vorschrift kann daher vom Grundbuchamt im Erwerbsstadium noch nicht berücksichtigt werden. Für das Grundbuchamt würde sie erst in einem eventuellen Grundbuchberichtigungsverfahren des ursprünglichen Rechtsinhabers nach Eintragung des Erwerbers relevant. Hier müßte das Grundbuchamt den Antrag auf Berichtigung zurückweisen, wenn die Kenntnis des Erwerbers und damit seine Bösgläubigkeit nicht durch öffentliche Urkunden nachgewiesen würde [3].

Die Vermutung des § 891 BGB dagegen ist zwar grundsätzlich immer vom Grundbuchamt zu beachten [4]. Aus § 891 BGB folgt aber nur, daß der als Berechtigter Eingetragene als wirklich berechtigt und das Recht als materiell bestehend gilt [5]. § 891 BGB stellt indessen keine Vermutung dahin-

---

1) So Rosenberg Beweislast S. 242.

2) KG DNotZ 1973, 3o1 (3o4).

3) KG a.a.O.

4) BayObLGZ 1972, 46 (48); Palandt-Bassenge § 891 Anm. 2 c; RGRK-Augustin § 891 Rdn. 19; Soergel-Baur § 891 Rdn. 13; Staudinger-Seufert § 891 Rdn. 4o.

5) RGZ 116, 181.

gehend auf, daß der Eingetragene als verfügungsbefugt gilt [1], denn die Vermutung erstreckt sich nicht auf die persönlichen Verhältnisse des Eingetragenen [2].

Es stellt sich also durchaus die Frage, ob Zweifel an der Verfügungsbefugnis als Eintragungshindernis ausreichen. Dieses Problem ist insbesondere im Hinblick auf § 1365 BGB, die Verfügungsbeschränkung der Ehegatten, diskutiert worden [3]. Hier hat sich inzwischen die Meinung durchgesetzt, daß konkrete Anhaltspunkte für das Fehlen der Verfügungsbefugnis erforderlich seien, um die Ablehnung der Eintragung zu rechtfertigen [4].

Begründen läßt sich dieses Ergebnis nicht damit, daß auch im Grundbuchverfahren die zivilrechtlichen Beweislastregeln beachtet werden müssen [5] und somit das Fehlen und nicht das Vorliegen der Verfügungsbefugnis nachgewiesen werden müsse, da die Verfügungsmacht des Eigentümers die Regel, ihre Beschränkung oder ihr Entzug aber die Ausnahme bilde.

Denn im Grundbuchverfahren geht es nicht um die Verteilung der Beweislast zwischen zwei Parteien. Insbesondere kann auch das Grundbuchamt als entscheidendes Organ nicht als beweisbelastet angesehen werden. Daß das Grundbuchamt eine Ablehnung der Eintragung nur auf konkrete Anhaltspunkte stützen darf, ergibt

---

1) So auch KG FamRZ 1973, 3o7 (31o).

2) Erman-H.Westermann vor §§ 891-893 Rdn. 4; Soergel-Baur § 891 Rdn. 9; Staudinger-Seufert § 891 Rdn. 17. Auch bei Mugdan S. 85 heißt es zu § 826 des Entwurfs, daß die Vermutung "nur in Beziehung auf die Erwerbung und die Aufhebung der eingetragenen Rechte" aufgestellt werde.

   a.A. Oberneck SeuffBl. 72, 458 ff. (46o) und wohl auch Horber Grdz 6 B vor § 13.

3) Dazu BayObLG NJW 196o, 821; Meyer-Stolte FamRZ 1959, 228 ff. (233); Riedl S. 44 ff.; Ripfel Die Justiz 1966, 49 ff.

4) BGHZ 35, 135 (141); KG FamRZ 1973, 3o7, 311; BayObLG MittBay NotK 1978, 11; Erman-Heckelmann § 1365 Rdn. 12; Münchener Kommentar-Gernhuber § 1365 Rdn. 65; Palandt-Diederichsen § 1365 Anm. 7.

5) So aber Eickmann Rpfleger 1979, 169 ff. (174); Habscheid FGG § 41 II 7 (S. 231).

sich vielmehr aus dem Rechtsstaatsprinzip, das eine Einschränkung der Verfügungsfreiheit nur bei Vorliegen triftiger Gründe zuläßt [1]. Denn der Wesensgehalt der Vertrags- und Verfügungsfreiheit würde verletzt, wenn sie staatlicher Totaldisposition anheimgestellt wäre [2]. Daher berechtigen bloße Zweifel an der Verfügungsbefugnis den Rechtspfleger nicht, die beantragte Eintragung abzulehnen.

Da viele Konkurse mangels Masse nicht eröffnet werden und der Grundbuchrechtspfleger in der Regel davon ausgehen kann, daß unverzüglich nach Konkurseröffnung das Ersuchen um Eintragung des Konkursvermerks eingeht, kann die Kenntnis vom Konkursantrag nicht der Überzeugung von der Konkurseröffnung und von dem damit verbundenen Verlust der Verfügungsbefugnis gleichgesetzt werden.

Der Rechtspfleger muß also positive Kenntnis von der Konkurseröffnung haben, um diese Tatsache zur Grundlage seiner Entscheidung machen zu können.

V. Die Verhinderung gutgläubigen Erwerbs durch das Grundbuchamt

Lehnt das Grundbuchamt die Eintragung wegen fehlender Verfügungsbefugnis des Auflassenden bzw. Bewilligenden ab, so ist es möglich, daß der Erwerber erst durch die Mitteilung des Grundbuchamts von der Konkurseröffnung erfährt. Wäre dem Grundbuchamt also die Konkurseröffnung nicht bekannt geworden, hätte ein gutgläubiger Erwerb gem. §§ 7, 15 KO, 892 I BGB stattfinden können. Deshalb ist die Frage aufgetaucht, ob denn das Grundbuchamt gutgläubigen Erwerb verhindern dürfe [3]. Es wird die Meinung vertreten, daß das Grundbuchamt eine Eintragung nicht ablehnen dürfe, wenn die Möglichkeit gutgläubigen Erwerbs bestehe. Zur Begründung wird auf das Legalitätsprinzip verwiesen [4].

---

1) Ähnlich auch Erman-Henckelmann § 1365 Rdn. 12 und OLG Bremen NJW 1960, 825 (826).

2) Maunz-Dürig Art. 2 Abs. I Rdn. 64.

3) So Ertl MittBayNotK 1975, 204 ff.

4) Eickmann Rpfleger 1972, 77 ff. (78); Ertl MittBayNotK 1975, 204 ff. (208); Kretzschmar GruchBeitr. 49, 1 ff. (7/8).

Im Grundbuchverkehr ist jedoch zunächst zu prüfen, ob überhaupt die Eintragungsvoraussetzungen, d.h. wirksame Bewilligung bzw. Auflassung, vorliegen. Diese Erklärungen sind aber nach Konkurseröffnung - soweit nicht § 878 BGB eingreift - gemäß § 7 bzw. § 15 KO unwirksam und können daher eine Eintragung nicht begründen. Die Möglichkeit gutgläubigen Erwerbs vermag diese Unwirksamkeit nicht zu beseitigen, da es gerade der Sinn der §§ 7, 15 KO, 892 I BGB ist, im Interesse des Verkehrsschutzes einen Erwerb trotz unwirksamer Einigung zuzulassen.

Über den Mangel der Eintragungsvoraussetzungen [1] darf sich nun das Grundbuchamt nicht mit der Begründung hinwegsetzen, das Grundbuch werde ja durch die Eintragung nicht unrichtig.

Zwar sind Verfahrensnormen nicht Selbstzweck, sondern dazu bestimmt, der Durchsetzung von Rechten zu dienen [2], so daß es im Einzelfall angebracht sein kann, die Beachtung von Verfahrensnormen im Interesse der Rechtsdurchsetzung hintanzustellen. Im Falle der gutgläubigen Erwerbsmöglichkeit ist es jedoch nicht gerechtfertigt, die Unwirksamkeit von Auflassung oder Bewilligung unbeachtet zu lassen.

Zum einen kann aus der Tatsache, daß das Gesetz die Prüfung von Auflassung und Bewilligung vorschreibt, entnommen werden, andere Erwerbsmöglichkeiten als die aufgrund wirksamer Verfügungserklärungen seien vom Grundbuchamt nicht zu berücksichtigen. Allein aus der Zulassung gutgläubigen Erwerbs durch § 892 BGB kann nicht ausgeschlossen werden, daß

---

1) Nicht verständlich ist die Behauptung Eickmanns (CBVerfahrensrecht 5 § 3 III), daß alle verfahrensrechtlichen Voraussetzungen gegeben seien, wenn gutgläubiger Erwerb möglich sei, denn er geht (a.a.O. S. 1oo) davon aus, daß die Verfügungsbefugnis bezüglich der Bewilligung grundsätzlich bis zur Eintragung fortdauern muß.

2) So RGZ 115, 411 (413); BGH NJW 1965, 585 (586); dazu auch Gaul AcP 168, 27 ff. (37 f.).

das Grundbuchamt diesen Erwerb zu fördern habe [1].

Zum anderen besteht auch kein Recht auf gutgläubigen Erwerb bei dessen Durchsetzung das Grundbuchamt Hilfe leisten müßte. Denn § 892 BGB spricht nur eine Rechtsfolge aus, die eintritt, wenn trotz unwirksamer Einigung eingetragen wird, gibt aber keinen Anspruch auf gutgläubigen Erwerb [2].

Insoweit geht auch das Argument fehl, das Grundbuchamt dürfe nicht unlautere Absichten vermuten, während das Gesetz von der Vermutung des guten Glaubens ausgehe [3]. Denn die gesetzliche Vermutung gilt erst dann, wenn der gutgläubige Erwerb bereits vollzogen ist, nicht aber schon im Erwerbsstadium [4].

Auch aus § 892 II BGB läßt sich ein Anspruch oder eine Anwartschaft auf gutgläubigen Erwerb nicht herleiten [5]. Nach dieser Vorschrift ist maßgebender Zeitpunkt für das Vorliegen des guten Glaubens der Zeitpunkt der Antragstellung. Dem liegt der Gedanke zugrunde, daß der gutgläubige Erwerb nicht von Zufälligkeiten des Eintragungsverfahrens abhängig sein soll. In den Protokollen hieß es dazu, dem Erwerber solle die Möglichkeit gewahrt werden, ohne Gefahr die Valuta an den anderen Teil zu zahlen, sobald der Eintragungsantrag beim Grundbuchamt gestellt ist [6].

---

1) Ebenso Rahn Die Justiz 1966, 258.

2) KGJ 27 A 97 ff.; 28 A 92 (93); Staudinger-Seufert § 892 Rdn. 58.

3) So Eickmann Rpfleger 1972, 77 ff. (79); Ertl MittBayNotK 1975, 2o4 ff. (2o8) und in KEHE § 19 Anm. 98 f.; Weber GruchBeitr. 53, 352 ff. (379).

4) So auch KG DNotZ 1973, 3o1 (3o4).

5) So aber Habscheid § 41 III (S. 231); Kretzschmar GruchBeitr. 49, 1 ff. (6); Ripfel Die Justiz 1966, 49 ff. (51).

6) Mugdan S. 545.

Durch § 892 II BGB wird jedoch nicht etwa der Erwerbszeitpunkt vorverlagert [1]. Die Vorschrift besagt insbesondere nicht, daß die Eintragung im Zeitpunkt der Antragstellung als ausgeführt gelten solle [2]. Sinn des § 892 II BGB ist es allein, nach vollendetem Erwerb die Frage nach der Gutgläubigkeit auf die Zeit bis zur Antragstellung zu begrenzen. So wird auch in den Motiven, die sich sogar noch dagegen aussprachen, den Zeitpunkt der Kenntnis vorzuverlegen, deutlich zwischen dem Zeitpunkt des Erwerbs und dem Zeitpunkt der Kenntnis unterschieden [3].

Im übrigen ist umstritten, ob § 892 II BGB auch dann Anwendung findet, wenn die Unrichtigkeit erst nach Antragstellung eingetreten ist [4], da in diesem Fall ein schützenswerter guter Glaube bei Antragstellung noch gar nicht vorliegen konnte. Folgt man der Meinung, die hier an den Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs anknüpft [5], kann § 892 II BGB im Konkursfall überhaupt nur zur Anwendung kommen, wenn die Konkurseröffnung vor Antragstellung erfolgte.

Aber auch in diesem Fall äußert der gutgläubige Erwerb keinerlei Vorwirkungen, die vom Grundbuchamt zu beachten wären [6].

---

1) RGZ 57, 277 (281/282); KG JFG 11, 227 (228); RGRK-Augustin § 892 Rdn. 115; Staudinger-Seufert § 892 Rdn. 58.

2) Für eine solche Auslegung des § 892 II Förster Recht 19o3, 351 ff.; dagegen: RGZ 57, 277 (281/282); Staudinger-Seufert § 892 Rdn. 58.

3) Mugdan S. 123.

4) Gegen eine Anwendung von § 892 II in diesem Fall Planck-Strecker § 892 Anm. 2 d ; RGRK-Pritsch 11. Aufl. § 892 Anm. 117; a.A.: RGRK-Augustin 12. Aufl. § 892 Rdn. 119; Erman-Westermann § 892 Anm. 18; Soergel-Baur § 892 Rdn. 41; Lutter AcP 164, 122 ff. (176 ff.); BGHZ 6o, 53, 54.

5) Staudinger-Seufert § 892 Rdn. 57.

6) So auch KGJ 27 A 97 ff.; 28 A 92 (93); KG DNotZ 1973, 3o1 (3o4); Herold SächsArchRpfl 1, 481 ff. (493); RGRK-Augustin § 892 Rdn. 125; Schöller DJZ 19o2, 165 ff. (167); Staudinger-Seufert § 892 Rdn. 58.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs im Grundbuchverfahren nicht den Mangel der Eintragungsvoraussetzungen beseitigen kann, da dem Erwerber weder ein Anspruch noch eine Anwartschaft auf den gutgläubigen Erwerb zusteht. Damit zeigt sich zugleich, daß das Ziel des Gesetzgebers, dem Erwerber die Möglichkeit zur gefahrlosen Auszahlung der Valuta bereits vor Eintragung zu geben, nicht ganz erreicht wurde [1].

Der Gesetzgeber hat offenbar den Fall, daß das Grundbuchamt bei der Entscheidung von einer Verfügungsbeschränkung Kenntnis haben könnte, nicht bedacht. Ein praktisches Bedürfnis, die gefahrlose Zahlung vor Eintragung anzustreben, besteht allerdings heute kaum noch. Denn es ist nicht mehr üblich, vor Eintragung Zahlungen zu leisten, ohne sich dadurch abzusichern, daß entweder eine Vormerkung eingetragen oder der zu zahlende Betrag bis zur Eintragung hinterlegt wird [2].

Das Grundbuchamt hat also im Falle der Konkurseröffnung nur die Vorschrift des § 15 KO i.V.m. § 878 BGB zu beachten. Greift diese Vorschrift nicht ein, sind Bewilligung und Auflassung unwirksam und können nicht zur Eintragung führen. Die sogenannte Grundbuchsperre beruht somit auf der durch die Konkurseröffnung eintretenden Unwirksamkeit von Auflassung und Bewilligung und nicht etwa auf der Eintragung des Konkursvermerks [3].

Deswegen ist auch das Argument gegen die Berücksichtigung einer gutgläubigen Erwerbsmöglichkeit, das Grundbuchamt

---

1) Ebenso KGJ 27 A 97 ff.; Planck-Strecker § 892 Anm. 2 d ; Staudinger-Seufert § 892 Rdn. 51.

2) Siehe dazu z.B. § 2 a I S.1 Nr.2 der sog. Makler-und Bauträgerverordnung vom 11.6.1975 (BGBl. I, 1351): Danach dürfen Bauträger Vermögenswerte ihrer Auftraggeber erst entgegennehmen oder sich zu deren Verwendung ermächtigen lassen, wenn der Auftraggeber in bestimmter Weise gesichert ist.

3) So aber Güthe ZBlfG 2, 812 ff. (817/818).

müsse primär die durch die Nichteintragung des Konkursvermerks bestehende Unrichtigkeit des Grundbuchs beseitigen [1], nicht durchschlagend.

Im übrigen ist der Grundbuchbeamte nach dem Legalitätsprinzip auch nur gehalten, die Vornahme unrichtiger Eintragungen zu vermeiden. Das Legalitätsprinzip gibt ihm jedoch kein Recht, von Amts wegen das Grundbuch richtig zu stellen [2]. Denn die Beseitigung einer Unrichtigkeit von Amts wegen ist lediglich in den Grenzen des § 53 GBO zulässig. Danach wird das Grundbuchamt nur dann tätig, wenn eine Eintragung unzulässig ist oder unrichtig und diese Unrichtigkeit durch einen Verfahrensverstoß herbeigeführt wurde. Im letzteren Fall darf das Grundbuchamt die Eintragung nicht einmal von sich aus beseitigen, sondern es darf lediglich einen Widerspruch eintragen.

Die Entscheidung des Grundbuchamts, nach Konkurseröffnung eine Eintragung aufgrund der eingereichten Unterlagen nicht vorzunehmen, kann daher nicht damit begründet werden, daß der Grundbuchbeamte mitwirken müsse, die durch den fehlenden Konkursvermerk bestehende Unrichtigkeit des Grundbuchs zu beseitigen.

---

1) So Schöller DJZ 1902, 165 ff. (167).

2) So auch Kretzschmar GruchBeitr. 49, 1 ff. (4); Oberneck Seuff Bl. 72, 458 ff. (462); Weber GruchBeitr. 53, 352 ff. (354).

VI. Die Entscheidung des Grundbuchamts nach § 18 GBO

Fraglich ist nunmehr, wie das Grundbuchamt auf das durch die schwebende Unwirksamkeit der Eintragungsunterlagen entstehende Eintragungshindernis zu reagieren hat.

Nach § 18 GBO gibt es bei Eintragungshindernissen die Möglichkeiten der Zurückweisung und der Zwischenverfügung. Eine weitere Möglichkeit des Vorgehens, etwa der Erlaß eines Hinweisbeschlusses oder eines Vorbescheids, ist in der GBO nicht vorgesehen. In seiner Entscheidung vom 23.5.1958 [1] hält der BGH zwar einen Hinweisbeschluß im Grundbuchverfahren für möglich. Jedoch geht es in dem zur Entscheidung stehenden Fall um eine Vollstreckungsmaßnahme des Grundbuchamts, nämlich die Eintragung einer Zwangshypothek. Wenn das Grundbuchamt als Vollstreckungsorgan tätig wird, kann aber bei Fehlen einer wesentlichen Vollstreckungsvoraussetzung eine Zwischenverfügung nicht ergehen, da dies zu einer ungerechtfertigten Rangwahrung führen würde [2]. Der vom BGH vorgeschlagene Hinweisbeschluß soll in diesen Fällen die Zwischenverfügung ersetzen, jedoch ohne deren rangwahrende Wirkung. Man kann daher den Hinweisbeschluß nicht als 3. Möglichkeit der Antragserledigung ansehen.

Ein Vorbescheid ist im Grundbuchverfahren bisher nur im Falle der Amtslöschung (§ 53 I S.2 GBO) als zulässig angesehen worden [3]. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor.

Die meisten Autoren vertreten die Ansicht, das Grundbuchamt müsse einen nach Konkurseröffnung gestellten Antrag, der ein konkursbefangenes Recht betrifft und nicht vom Konkursverwalter gestellt wird, zurückweisen [4], auch wenn der

---

1) ZZP 72, 233.

2) BGH a.a.O.

3) LG Freiburg BWNotZ 1980, 61 ff.

4) So z.B. Haegele Konkurs, Vergleich, Gläubigeranfechtung S. 82 und KTS 1968, 157 ff. (167); Jaeger-Lent § 113 Rdn. 9.

Erwerber bei Stellung des Antrags keine Kenntnis von der Konkurseröffnung hatte.

1. Die Kriterien für die Wahl zwischen Zurückweisung und Zwischenverfügung

Die Wahl des Grundbuchamts zwischen der Zurückweisung und dem Erlaß einer Zwischenverfügung wird überwiegend als Ermessensentscheidung deklariert [1]. Dagegen wendet sich Habscheid [2] mit der Begründung, daß die Entscheidung des Grundbuchamtes zur Rechtsprechung gehöre, "Rechtsanwendung im Sinne eines Rechtspflegeaktes" sei. Der Rechtsanwendung aber sei das Ermessen fremd, hier könne nur eine Entscheidung richtig sein.

Allerdings wird die Ermessensentscheidung des § 18 GBO von der Rechtsprechung nicht anders behandelt als eine Rechtsanwendung. Denn in der Beschwerde wird dem Grundbuchamt kein Ermessensspielraum zugestanden. Mit der Beschwerde kann vielmehr auch geltend gemacht werden, daß zunächst eine Zwischenverfügung (vor Zurückweisung) zu erlassen gewesen wäre [3].

Daß in diesem Zusammenhang von einer Ermessensentscheidung die Rede ist, scheint somit lediglich auf einer Begriffsverwirrung zu beruhen.

---

1) So RGZ 126, 1o7 (1o9 f.); BayObLGZ 12, 372 (375); 1956, 122 (127); OLG Colmar OLG 14, 139; OLG Hamm DNotZ 197o, 661 (663); Güthe-Triebel § 19 Rdn. 15, 16; Horber § 18 Bem. 4 A a; MIR § 18 Rdn. 22.

2) NJW 1967, 225 ff. (226); ebenso Eickmann GBVerfahrensrecht § 7 1 I 3 (S. 219); Ertl Rpfleger 198o, 41 ff. (45).

3) KGJ 24 A 83 (85); OLG München JFG 16, 144 (149); Hesse-Saage-Fischer § 71 Anm. II 2; MIR § 71 Anm. 28.

Allerdings hilft die Erkenntnis, daß es sich bei der Entscheidung nach § 18 GBO nicht um eine Ermessensentscheidung handelt, im konkreten Fall nicht weiter. Es kommt vielmehr darauf an, nach welchen Maßstäben die Entscheidung zu treffen ist. Rechtsprechung und Grundbuchkommentatoren vermögen hier keine konkreten Anhaltspunkte zu geben, da die Entscheidungen und Meinungen zu sehr divergieren [1].

Um diesem unbefriedigenden Zustand abzuhelfen, hat Habscheid [2] den Versuch unternommen, die Frage, wann eine Zwischenverfügung zu erlassen ist, grundsätzlicher zu klären. Er orientiert sich dabei an "Grundwerten der Rechtsordnung" [3].

So leitet er aus Art. 14 GG die Forderung her, das Grundbuchamt müsse den Antragsteller möglichst lange in der durch die Antragstellung erlangten Rechtsposition belassen. Diese Rechtsposition besteht nach Habscheid in einem Anwartschaftsrecht. Das Interesse des Antragstellers, daß seine durch das Anwartschaftsrecht erlangte Rechtsstellung zum Vollrecht erstarke, erheische auch vom Standpunkt der öffentlichen Ordnung aus Respekt [4].

Für den konkreten Fall der Konkurseröffnung kann dieses Kriterium allerdings nicht für den Erlaß einer Zwischenverfügung ausschlaggebend sein. Denn durch eine unwirksame Einigung kann ein Anwartschaftsrecht, das dem Schutzbereich des Art. 14 GG unterfiele, jedenfalls nicht entstehen. So ist auch nach Habscheids Ansicht bei Verfügungen eines Nichtberechtigten eine Zwischenverfügung nach § 18 GBO nicht geboten [5].

---

1) Siehe dazu z.B. OLG München JFG 15, 74; BayObLGZ 1956, 122 (127); Güthe-Triebel § 18 Rdn. 2o; MIR § 18 Anm. 23 ff.

2) NJW 1967, 225 ff.

3) a.a.O. S. 23o

4) a.a.O. S. 228

5) a.a.O. S. 231 Fn. 58

Ein anderes von Habscheid genanntes Kriterium könnte jedoch im Konkursfall zum Erlaß einer Zwischenverfügung führen. So führt er aus, daß der Gedanke der Rechtsfürsorge auch im Grundbuchverfahren zum Tragen kommen müsse. Die allgemeine Entwicklung zu einer erweiterten Mitwirkungspflicht des Gerichts müsse sich auch im Grundbuchverfahren auswirken, so daß der Antragsteller zunächst auf das Eintragungshindernis hingewiesen werden müsse [1].

2. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs im Grundbuchrecht und seine Auswirkung auf die Entscheidung des Grundbuchamts

Für den Fall, daß der Konkursvermerk noch nicht eingetragen ist und das Grundbuchamt aus anderen Quellen als aus dem Grundbuch von der Konkurseröffnung erfahren hat, ergibt sich eine Hinweispflicht schon aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs gemäß Art. 1o3 I GG.

Art. 1o3 I GG hat - soweit keine spezialgesetzlichen Vorschriften bestehen - unmittelbare Geltung im Verfahrensrecht [2] und gilt damit auch für das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit [3].

Das Grundbuchverfahren ist hiervon nicht etwa deswegen ausgenommen, weil hier keine Rechtsprechung im materiellen Sinne ausgeübt wird [4], denn überall da, wo das Gesetz

---

1) a.a.O. S. 229.

2) BVerfGE 6, 12 (14); 8, 253 (255); 9, 89 (96); Baur AcP 153, 393 ff. (395); Maunz-Dürig Art. 1o3 Anm. 23; Röhl NJW 1964, 273 zu II 1.

3) BayObLGZ 1956, 353 (36o); 1958, 74 (75); 1961, 23 (29); KG NJW 1954, 141o; OLG Hamm MDR 1956, 687; Baur AcP 153, 393 ff. (4o6); Habscheid FGG § 2o II (116 ff.); Jansen Wandlungen S. 15 f.; Keidel in Keidel/Kuntze/Winkler § 12 Rdn. 7o a.

4) So aber Bettermann Festschr. f. Lent 1957, 17 ff. (42).

den Richter oder den an seine Stelle getretenen Rechtspfleger zur Entscheidung beruft, sollen auch die Garantien des richterlichen Verfahrens gewährleistet werden [1].

Zum Inhalt des in Art. 1o3 I GG verankerten Grundsatzes gehört unter anderem, daß der gerichtlichen Entscheidung zum Nachteil eines Beteiligten nur solche Tatsachen zugrundegelegt werden dürfen, zu denen der Beteiligte Stellung nehmen konnte [2].

Geht aber der Antrag vom Erwerber aus oder stellt der Notar den Antrag auch für den Erwerber, kann nicht angenommen werden, daß die Konkurseröffnung dem Erwerber oder dem Notar bekannt ist, soweit sie vor Antragstellung noch nicht im Grundbuch vermerkt war. In diesem Fall muß der Antragsteller Gelegenheit erhalten, sich auf die veränderte Sachlage einzustellen, d.h. entweder den Antrag zurückzunehmen oder eine Genehmigung des Konkursverwalters einzuholen.

Als Gegenargument könnte man allerdings auf § 13o V KostO verweisen. Diese Vorschrift setzt voraus, daß eine Zurückweisung auch bei nicht anzurechnender Unkenntnis der Verhältnisse erfolgen kann, indem sie für diesen Fall die Möglichkeit vorsieht, die Kosten außer Ansatz zu lassen.

Zu berücksichtigen ist aber zum einen, daß diese Kostenvorschrift nur mittelbar auf das Verfahren des Grundbuchamts schließen läßt und zum anderen, daß sie vor Einführung des Grundgesetzes entstanden ist und daher zur heute erforderlichen verfassungskonformen Handhabung des § 18 GBO keine Aussage machen kann.

---

1) BVerfGE 9, 97 f.; Habscheid § 2o II 2 (S. 117); Jansen Wandlungen S. 16; Maunz-Dürig Art. 1o3 Anm. 85

2) BVerfGE 7, 239 (24o); 7, 275 (278); 1o, 177 (182); 13, 132 (145); Jansen Wandlungen S. 17; Röhl NJW 1964, 273 zu II 2

Ist der Konkursvermerk bei Antragstellung bereits eingetragen, kann nach der gesetzlichen Vermutung des § 892 I 2 BGB davon ausgegangen werden, daß die Konkurseröffnung dem Erwerber bekannt ist. Daher fordert der Grundsatz des rechtlichen Gehörs in diesem Fall nicht den Erlaß einer Zwischenverfügung.

Auch soweit der Antrag vom Gemeinschuldner gestellt wurde, ist ein Hinweis an ihn wegen Art. 1o3 I GG nicht erforderlich, da er ja von der Konkurseröffnung Kenntnis hat.

Dasselbe gilt, wenn der Notar nur für den Gemeinschuldner den Antrag stellt. Denn da er aufgrund von Weisungen der Beteiligten handelt, kommt es nach dem Rechtsgedanken des § 166 II BGB auch insoweit auf die Kenntnis des Gemeinschuldners an.

Dennoch erscheint es nicht gerechtfertigt, in diesen Fällen den Antrag sofort zurückzuweisen, soweit die Möglichkeit besteht, die Unwirksamkeit der Eintragungsunterlagen durch Genehmigung des Konkursverwalters zu beseitigen [1].

3. Die Heilungsmöglichkeit durch Genehmigung des Konkursverwalters

Eine vom Gemeinschuldner erklärte Auflassung ist eine Verfügung und kann daher entsprechend § 185 BGB [2] durch Genehmigung des Konkursverwalters wirksam werden.

Da die Bewilligung wie eine Verfügung zu behandeln ist [3], besteht auch bei einer Bewilligung des Gemeinschuldners

---

1) Dazu, daß bei Genehmigungsmöglichkeit eine Zurückweisung nicht geboten ist, OLG München JFG 16, 114 (149).

2) Zur entsprechenden Anwendung des § 185 BGB auf Verfügungen des Gemeinschuldners siehe oben S. 38.

3) Siehe oben S. 26/27.

die Möglichkeit, diese durch Genehmigung analog § 185 BGB wirksam werden zu lassen [1].

Zwar trifft man gelegentlich auf die Bemerkung, einseitige Rechtsgeschäfte könnten nicht genehmigt werden, da der entstehende Schwebezustand für den Geschäftspartner unzumutbar sei [2].

Ein Schwebezustand ist jedoch nur bei solchen einseitigen Rechtsgeschäften nicht tragbar, die eine rechtsgestaltende Wirkung haben, wie etwa Aufrechnung und Kündigung [3]. Nur in diesen Fällen ist in Anlehnung an den Rechtsgedanken der §§ 111, 18o BGB eine Genehmigungsmöglichkeit zu verneinen [4].

Die Bewilligung hat indessen keine rechtsgestaltende Wirkung, so daß hier kein Grund besteht, die Möglichkeit der Genehmigung auszuschließen.

Fraglich ist, ob auch die Zulässigkeit des Gemeinschuldner-Antrags durch Genehmigung des Konkursverwalters herbeigeführt werden kann. Dann müßte die Antragstellung durch den nicht Antragsbefugten der Genehmigung zugänglich sein.

---

1) Zur Anwendung des § 185 BGB auf die Bewilligung KG OLGE 31, 298 (299); OLG München HRR 1941 Nr. 2; OLG Düsseldorf NJW 1963, 162; Baur § 16 III 4 (S. 135); Eickmann GBVerfahrensrecht 5 § 3 III (S. 95); Münchener Kommentar-Thiele § 185 Rdn. 16; Soergel-Leptien § 185 Rdn. 9; Staudinger-Seufert § 873 Fn. zu Rdn. 55 a; Wolff-Raiser § 33 III (S. 1oo); a.A. noch v. Tuhr II 1 § 54 Fn. 76 (S. 248).

2) So etwa BGH NJW 1962, 1344/1345; Enneccerus-Nipperdey § 2o4 III 1 und V 3 (S. 124o, 1246); Erman-H.Westermann § 185 Rdn. 16; Larenz § 24 (S. 427); Münchener Kommentar-Thiele § 185 Rdn. 21; RGRK-Steffen § 185 Rdn. 8.

3) Die Rechtsprechung betrifft auch bisher nur die Fälle der Aufrechnung (RGZ 78, 382), Kündigung (RGZ 146, 314, 316) und der Ausübung des Vorkaufsrechts (BGH NJW 1962, 1344, 1345).

4) Gegen eine pauschale Verneinung der Genehmigungsmöglichkeit bei einseitigen Rechtsgeschäften auch Soergel-Leptien § 185 Rdn. 4.

Da der Antrag keine Verfügung ist und auch nicht als solche behandelt werden kann, ist eine Genehmigung nach § 185 BGB nicht möglich [1].

Der Mangel der Prozeßführungsbefugnis kann im Zivilprozeß durch Genehmigung geheilt werden, wenn die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer gewillkürten Prozeßstandschaft vorliegen [2].

Ein der gewillkürten Prozeßstandschaft ähnliches Institut ist jedoch im Grundbuchverfahren nicht praktikabel [3]. Aus den Vorschriften der GBO kann vielmehr der Grundsatz entnommen werden, daß die Antragsberechtigung - und damit in der Regel auch die Antragsbefugnis - im Zeitpunkt der Antragstellung klar feststellbar sein muß, entweder anhand des Grundbuchs (§ 13 GBO) oder anhand eines Titels (§ 14 GBO).

Will der Konkursverwalter sich den Antrag des Gemeinschuldners zu eigen machen, muß er einen neuen Antrag stellen, da hier eine Heilung nur durch Wiederholung der unzulässigen Handlung erfolgen kann.

---

1) Dazu, daß auch die Klageerhebung nicht gemäß § 185 BGB genehmigt werden kann, Soergel-Leptien § 185 Rdn. 13.

2) Zu den Voraussetzungen für eine gewillkürte Prozeßstandschaft siehe Jauernig § 22 II (S. 62/63); BGHZ 38, 283; BGH NJW 1965, 1962; 1969, 1111.

3) Anders dagegen in Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit oder im Beschwerdeverfahren: hier wird eine sogenannte Verfahrensgeschäftsführung oder Verfahrensstandschaft für zulässig gehalten. BayObLG NJW 1965, 1484 ff.; BayObLGZ 1969, 2o9 (212); 197o, 65 (69); 29o (294); OLG Zweibrücken Rpfleger 1968, 88.

Da bei mangelnder Antragsbefugnis somit keine Genehmigungsmöglichkeit besteht, ist der Erlaß einer Zwischenverfügung nicht geboten [1]. Der Antrag des Gemeinschuldners bzw. des für ihn handelnden Notars ist vielmehr zurückzuweisen.

Dieses Ergebnis erscheint auch gerechtfertigt im Hinblick darauf, daß eine Zwischenverfügung nach § 18 GBO rangwahrende Wirkung hätte. Eine Tätigkeit des Grundbuchamts zum Schutz der Rechte des Antragstellers kann aber nur durch einen zulässigen Antrag herbeigeführt werden. Einem unzulässigen Antrag darf dagegen der Vorteil der Rangwahrung nicht verschafft werden.

Eine Zwischenverfügung ist bei unzulässigem Antrag des Gemeinschuldners auch nicht etwa deshalb erforderlich, weil dem anderen Teil - dem Erwerber - rechtliches Gehör gewährt werden müßte. Zwar hat jeder Verfahrensbeteiligte - auch der nur materiell Beteiligte [2] - einen Anspruch darauf, daß ihm Gelegenheit zur Wahrung seiner Rechtsposition gegeben wird. Der Erwerber könnte jedoch die Entscheidung des Grundbuchamts über den Antrag des Gemeinschuldners nicht beeinflussen, da der Antrag unheilbar unzulässig ist. Er könnte nur dadurch eine Eintragung herbeiführen, daß er selbst einen Antrag stellt und die Genehmigung des Konkursverwalters zur Auflassung bzw. Bewilligung einholt. Darin läge keine Fortführung des alten Verfahrens, da jeder Antrag wegen der Rangfolge des § 17 GBO gesondert zu behandeln ist. Für eine rangwahrende Zwischenverfügung nach § 18 GBO ist aber dann kein Raum, wenn nur ein neuer Antrag Aussicht auf Erfolg haben würde [3]. Die Interessen des Erwerbers

---

1) Ebenso Eickmann GBVerfahrensrecht 7 § 1 II (S. 221) und Rpfleger 1979, 169 ff. (172).

2) Bärmann § 17 III (S. 125); Baur FGG § 19 III 2 (S. 194); Jansen Wandlungen S. 2o ff.; Keidel in Keidel/Kuntze/Winkler § 12 Rdn. 73; Maunz-Dürig Art. 1o3 Rdn. 91.

3) So auch KGJ 44, 263 (268); 46, 176 (179); OLG Dresden OLG 6, 489 (49o).

können daher nicht durch eine Zwischenverfügung gewahrt werden. Es reicht vielmehr aus, wenn dem Erwerber die Zurückweisung des Gemeinschuldner-Antrags mitgeteilt wird.

ERGEBNIS

Als Ergebnis der Untersuchung ist für das grundbuchamtliche Verfahren folgendes festzustellen:

Stellt der Gemeinschuldner selbst oder durch den Notar nach Konkurseröffnung einen Antrag, der sich auf das konkursbefangene Vermögen bezieht, ist dieser Antrag wegen fehlender Antragsbefugnis des Gemeinschuldners bzw. fehlender Vertretungsmacht des Notars unzulässig.
Da keine Heilungsmöglichkeit durch Genehmigung des Konkursverwalters besteht, hat das Grundbuchamt den Antrag zurückzuweisen.

Hat der spätere Gemeinschuldner selbst oder durch einen Notar einen Antrag vor Konkurseröffnung gestellt, der sich auf das konkursbefangene Vermögen bezieht, bleibt der Antrag zulässig.
Die Eintragung hängt davon ab, ob dem Grundbuchamt die Voraussetzungen für eine Anwendung der §§ 15 KO, 878 BGB nachgewiesen sind.
Sind die Voraussetzungen nachgewiesen, muß die Eintragung erfolgen, da die Eintragungserklärungen wirksam sind.
Andernfalls ist die Möglichkeit der Heilung durch Genehmigung des Konkursverwalters zu berücksichtigen und eine Zwischenverfügung zu erlassen.

Die Zulässigkeit eines vom Begünstigten gestellten Antrags wird durch die Konkurseröffnung nicht berührt.
Hier kommt es nur auf die Wirksamkeit von Auflassung bzw. Bewilligung an.
Da in den Fällen des § 15 KO i.V.m. § 878 BGB die Eintragungserklärungen wirksam bleiben, ist die Eintragung vorzunehmen, wenn die Voraussetzungen der §§ 878, 873 II BGB nachgewiesen sind.

In allen übrigen Fällen sind die Eintragungserklärungen entweder gemäß § 7 KO oder gemäß § 15 KO unwirksam. Da jedoch eine Heilungsmöglichkeit durch Genehmigung des Konkursverwalters besteht, muß eine Zwischenverfügung ergehen, in der auf die Unwirksamkeit der Eintragungserklärungen und die Genehmigungsmöglichkeit hinzuweisen ist.

2. Teil: Das Veräußerungsverbot nach § 1o6 I 3 KO im Grundbuchverkehr

Schon vor Konkurseröffnung kann die Verfügungsmacht des Schuldners eine Einschränkung erfahren, wenn das Konkursgericht nach Stellung des Konkursantrages ein allgemeines Veräußerungsverbot gemäß § 1o6 I 3 KO erläßt.

Die Anordnung eines allgemeinen Veräußerungsverbots soll der Sicherung der Konkursmasse dienen. Sie wird heute häufig mit der Bestellung eines Sequesters verbunden. Die rechtliche Tragweite der Sequesterbestellung sowie Inhalt und Umfang der Befugnisse des Sequesters sind allerdings noch weitgehend ungeklärt.

Gerhardt [1] vertritt in diesem Zusammenhang die Auffassung, die zusätzliche Bestellung eines Sequesters könne die rechtliche Wirkung eines angeordneten allgemeinen Veräußerungsverbots verstärken.

Es erscheint allerdings zweifelhaft, ob die Wirkung des Rechtsinstituts "Allgemeines Veräußerungsverbot" davon abhängig gemacht werden kann, welche anderen Sicherungsmaßregeln zusätzlich getroffen werden.

Hier soll indes nicht näher auf die rechtliche Tragweite der Sequesterbestellung eingegangen werden, da diese Problematik einer gesonderten, umfassenden Untersuchung bedarf. Vielmehr soll hier nur geprüft werden, welche Auswirkungen ein - isoliert angeordnetes - allgemeines Veräußerungsverbot auf den rechtsgeschäftlichen Grundbuchverkehr hat.

---

1) 1oo Jahre Konkursordnung S. 111 ff. (121 f.).

I. Die Auswirkung des Veräußerungsverbots auf die Verfügungsmacht des Schuldners

Inwieweit das Grundbuchamt die Anordnung eines allgemeinen Veräußerungsverbots zu beachten hat, hängt zunächst von der Auswirkung des Veräußerungsverbots auf die Verfügungsmacht des Schuldners ab, denn - wie oben dargestellt [1] - kann die Wirksamkeit der Eintragungserklärungen durch das Fehlen der Verfügungsmacht beeinträchtigt werden.

1. Die Auffassung des Gesetzgebers und der herrschenden Meinung

Der Entwurf der Konkursordnung von 1877 enthielt keine Aussage zur Rechtsnatur des allgemeinen Veräußerungsverbots. Es hieß darin lediglich, daß sich seine Wirkung nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen bestimme [2].

Aus der Begründung [3] und dem Kommissionsbericht [4] zur Konkursordnungs-Novelle von 1898 geht aber hervor, daß das allgemeine Veräußerungsverbot des § 1o6 III 3 KO (damals § 98) als gerichtliches Verfügungsverbot im Sinne der §§ 135, 136 BGB angesehen wurde. So wurde die Vorschrift

---

1) Siehe oben S. 24 ff.
2) Hahn Materialien S. 3oo.
3) Hahn Materialien S. 244.
4) Hahn a.a.O. S. 3o4.

"im Sinne der Auffassung des BGB" dahingehend geändert, daß der Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung dem rechtsgeschäftlichen Erwerb gleichgestellt wurde.

Außerdem wurden aus der ursprünglichen Gesetzesfassung die Worte gestrichen, die sich inhaltlich mit den §§ 135, 136 BGB deckten und daher entbehrlich waren.

Auch heute ordnet man das allgemeine Veräußerungsverbot nach § 1o6 I 3 KO allgemein den gerichtlichen Veräußerungsverboten zum Schutz einzelner Personen im Sinne des § 136 BGB zu [1], mit der Folge, daß Verfügungen des Schuldners, die den Interessen der zukünftigen Konkursgläubiger entgegenstehen, relativ unwirksam sind. Im Grundbuchverkehr wäre demnach die Unwirksamkeit nicht von Amts wegen zu beachten [2].

2. Die neue Ansicht von der absoluten Wirkung des allgemeinen Veräußerungsverbots

Nach Meinung einiger Autoren [3] wird aber eine nur relative Wirkung des allgemeinen Veräußerungsverbots den Zwecken des Konkurses nicht gerecht. Sie wollen daher dem allgemeinen Veräußerungsverbot die Wirkung der Konkursbeschlag-

---

1) So Beer S. 189; Enneccerus-Nipperdey § 144 II 2 (S. 889); Erman-H.Westermann §§ 135, 136 Rdn. 6; Mentzel-Kuhn § 1o6 Rdn. 4; Palandt-Heinrichs § 136 Anm. 1; ebenso Jaeger-Weber § 1o6 Rdn. 4, der allerdings andere Konsequenzen daraus zieht.

2) Zur Berücksichtigung der relativen Unwirksamkeit im Grundbuchverkehr siehe oben S. 34.

3) Berges Beilage zum BB 1978 Heft 15, S. 4, 6; Fricke MDR 1978, 99 ff. (1oo); Jaeger-Weber § 1o6 Rdn. 4; ähnlich auch schon Strohal S. 68.

nahme beilegen mit der Konsequenz, daß die gegen das Verbot verstoßenden Verfügungen des Schuldners entsprechend § 7 KO absolut unwirksam sind [1].

Ein so weitgehendes Veräußerungsverbot wäre zur Sicherung der Masse sicherlich effektiver als ein relatives Veräußerungsverbot. Denn da § 7 KO nur auf die §§ 892, 893 BGB verweist, und nicht auch auf die §§ 932 ff. BGB, ließe das allgemeine Veräußerungsverbot als vorweggenommene Konkursbeschlagnahme einen gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen nicht zu [2].

Außerdem wäre die Unwirksamkeit der Schuldnerverfügungen von Amts wegen zu berücksichtigen, so daß das Grundbuchamt eine gegen das Verbot verstoßende Verfügung nicht eintragen dürfte.

Weiterhin könnten bei absoluter Unwirksamkeit der Schuldnerverfügungen auch die etwaigen Früchte, die der aufgrund der Verfügung besitzende Dritte gezogen hat, zur Konkursmasse gezogen werden [3]. Bei nur relativer Verfügungsbeschränkung dagegen verliert der Dritte sein Recht nicht rückwirkend, so daß ihm die Früchte der Zwischenzeit verbleiben [4].

---

1) Ebenso ohne Begründung OLG Köln KTS 1971, 51 (52); Kilger KTS 1975, 142 ff. (159).

2) Anders allerdings und wenig konsequent Jaeger-Weber § 1o6 Rdn. 8, wonach beim allgemeinen Veräußerungsverbot der Gutglaubensschutz sich im Gegensatz zu § 7 KO nicht auf den Grundbuchverkehr beschränkt.

3) Jaeger-Weber § 1o6 Rdn. 4; Strohal S. 69.

4) So Wolff-Raiser § 48 Fn. 26 (S. 16o) für den Fall der Vormerkung.

3. Argumente gegen die neue Ansicht

Jedoch reichen reine Zweckmäßigkeitserwägungen nicht aus, um die Wirkung eines Rechtsinstituts zu bestimmen, zumal wenn es, wie hier, um die Intensität eines Eingriffs in das aus dem Eigentum fließende Verfügungsrecht geht [1].

Wegen der Bindung der rechtsprechenden Gewalt an den gesetzgeberischen Willen (Art. 2o III GG) muß vielmehr zunächst gefragt werden, welche Rechtsnatur und welche Wirkung der Gesetzgeber dem allgemeinen Veräußerungsverbot beilegen wollte.

a) Die Auslegung des Begriffs "Allgemeines Veräußerungsverbot"

Da der gesetzgeberische Wille sich vor allem in der Formulierung und der Entstehungsgeschichte offenbart, ist die Wirkung des allgemeinen Veräußerungsverbots anhand dieser Kriterien zu ermitteln.

Wie bereits dargelegt, ergibt sich aus der engeren Entstehungsgeschichte, nämlich den Motiven zur Konkursordnung, daß es sich bei dem allgemeinen Veräußerungsverbot nach § 1o6 I 3 KO um ein solches nach §§ 135, 136 BGB handeln sollte.

Dabei ist klarzustellen, daß der Begriff "Veräußerungsverbot" in beiden Fällen nicht präzise gewählt ist [2]. Denn zum einen ist "verboten" nicht nur die Veräußerung, sondern jede den

---

1) Dazu, daß eine Bindung der Rechtsprechungsorgane an den Willen des Gesetzgebers auch dann besteht, wenn sie die gesetzgeberische Entscheidung für unzweckmäßig halten, Bender JZ 1957, 593 ff. (598/599).

2) Ebenso Fahland, S. 16; Ruhwedel JuS 198o, 161 ff. (163).

Interessen des Verbotsgeschützten zuwiderlaufende Verfügung. Verfügungen können aber auch durch Aufhebung, Belastung und Inhaltsänderung getroffen werden.

Zum anderen wird der Ausdruck "Verbot" dem erstrebten Zweck nicht gerecht. Denn ein Verbot betrifft nur die Handlung als solche, macht diese bei Verstoß rechtswidrig, sagt dagegen nichts über die Wirksamkeit der verbotswidrigen Handlung aus [1]. Da es aber Zweck des Veräußerungsverbots ist, auf die Wirksamkeit der Verfügung Einfluß zu nehmen, muß das Verbot auch unmittelbar auf die Verfügungsfähigkeit einwirken und diese beschränken. Es ist daher korrekter, statt von einem Veräußerungsverbot von einer Verfügungsbeschränkung zu reden [2].

Die Wirkung einer solchen Verfügungsbeschränkung ist nicht in jedem Fall gleich. Es kommt vielmehr darauf an, ob sie dem Schutz einzelner Personen oder dem Schutz der Allgemeinheit dient.

Zwar könnte man daraus, daß § 136 BGB nur auf § 135 BGB verweist, entnehmen, daß gerichtliche Verfügungsbeschränkungen in jedem Fall nur relative Wirkung haben können. Die Fassung des § 136 BGB beruht jedoch auf einem Redaktionsversehen, das aus der 2. Lesung des Entwurfs zum BGB herrührt [3]. Auch die Wirkung gerichtlicher Verfügungsbeschränkungen hängt daher von ihrem Schutzbereich ab. So ist die Wirkung einer im Interesse der Allgemeinheit erlassenen Verfügungsbeschränkung anhand der Wertung des § 134 BGB zu bestimmen. Ein Verstoß gegen eine derartige Verfügungsbeschränkung führt demnach zur absoluten Unwirksamkeit der widerstreitenden Verfügung [4],

1) Fahland S. 16

2) Fahland S. 16/17; Flume § 17 b c (S. 355); Raape S. 77 ff. (79)

3) So Fahland S. 17

4) RGZ 1o5, 71 (75 f.); 13o, 2o9 ff.; Enneccerus-Nipperdey § 144 II 2 Fn. 15 (S. 889); Raape S. 9o ff.

während der Verstoß gegen eine nur dem Schutz einzelner Personen dienende Verfügungsbeschränkung nur relative Unwirksamkeit bewirkt.

Unter Berücksichtigung dieser Differenzierung kommt eine absolute Wirkung des allgemeinen Veräußerungsverbots nach § 1o6 I 3 KO nicht in Frage. Denn das allgemeine Veräußerungsverbot dient nur dem Schutz einzelner Personen, nämlich der zukünftigen Konkursgläubiger.

Dagegen läßt sich nicht einwenden, das allgemeine Veräußerungsverbot diene doch insofern der Allgemeinheit, als es die erfolgreiche Durchführung des Konkursverfahrens sichere. Denn die Allgemeinheit interessiert sich nicht dafür, in welcher Höhe der einzelne Konkursgläubiger befriedigt wird, sondern hat lediglich ein Interesse daran, daß das Gericht bei der Vornahme der im Konkursverfahren erforderlichen Handlungen nicht gehindert wird, also der gerichtliche Verfahrensablauf ungestört bleibt. Das Verfahren als solches wird aber durch Verfügungen des Schuldners über die spätere Konkursmasse nicht beeinträchtigt. Beeinträchtigt wird vielmehr das Interesse der Konkursgläubiger, die Masse möglichst ungeschmälert zur Verteilung bereitzuhalten. Dieses Sicherungsinteresse ist aber ein rein privates Interesse der Gläubiger und rechtfertigt kein Veräußerungsverbot mit absoluter Wirkung.

Geht man also von der Bedeutung des Begriffs "Veräußerungsverbot" aus, ist festzustellen, daß eine Verfügungsbeschränkung, die wie das allgemeine Veräußerungsverbot nach der Konkursordnung lediglich Privatinteressen schützt, grundsätzlich zur relativen und nicht zur absoluten Unwirksamkeit der verbotswidrigen Verfügungen führt.

Nun könnte hier die Beifügung des Adjektivs "Allgemeines" darauf hindeuten, daß dem Veräußerungsverbot nach § 1o6 I 3 KO eine stärkere Wirkung zukommen sollte als den übrigen Veräußerungsverboten.

So leitet Berges [1] die von ihm vertretene weitergehende Wirkung des allgemeinen Veräußerungsverbots unter anderem aus der Abgrenzung zum besonderen Veräußerungsverbot her, das dem Schuldner nur die Verfügung über einzelne Vermögensgegenstände verbietet. Anders als jenes erschöpft sich nach Berges' Ansicht das allgemeine Veräußerungsverbot nicht in der Summe der Verbote aller Verfügungen über die einzelnen materiellrechtlich bedeutsamen Rechtsgegenstände, sondern es hat die Unwirksamkeit der Schuldner-Verfügungen entsprechend § 7 KO zur Folge.

Daß der Zusatz "Allgemeines" auf eine stärkere Rechtswirkung des Veräußerungsverbots hindeuten soll, erscheint allerdings zweifelhaft. Es liegt doch wohl näher, anzunehmen, daß "allgemein" zunächst nur den Umfang des Verbots bezeichnen, nicht aber dem Verbot auch eine vom besonderen Veräußerungsverbot abweichende Wirkung beilegen soll.

Wäre es so, daß ein allgemeines Veräußerungsverbot grundsätzlich eine stärkere Wirkung hätte als ein besonderes Veräußerungsverbot, wäre die Vorschrift des § 62 VglO überflüssig. Hier ist nämlich die Wirkung des allgemeinen Veräußerungsverbots nach § 59 VglO abweichend von der Wirkung des besonderen Veräußerungsverbots ausdrücklich geregelt. Danach ist ein gutgläubiger Erwerb beweglicher Sachen unter Verstoß gegen das allgemeine Veräußerungsverbot nicht möglich. Außerdem sind Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung unter Geltung des allgemeinen Veräußerungsverbots den rechtsgeschäftlichen Verfügungen nicht gleichgestellt.

b) Vergleich mit dem allgemeinen Veräußerungsverbot der VglO

Das allgemeine Veräußerungsverbot nach § 59 VglO ähnelt also bezüglich seiner Wirkungen der Konkursbeschlagnahme. Ob es - wie jene - auch zur absoluten Unwirksamkeit der Schuldner-

---

1) a.a.O. S. 4

Verfügungen führt, ist dagegen umstritten. Überwiegend wird eine solch umfassende Wirkung mit der Begründung verneint, daß dem Vergleichsschuldner, anders als dem Gemeinschuldner, die Verfügungsmacht nicht entzogen werde [1].

Da nach § 12 VglO ein allgemeines Veräußerungsverbot im Vergleichsverfahren auch schon vor Eröffnung des Verfahrens erlassen werden kann, könnte man daran denken, § 62 VglO auch auf das allgemeine Veräußerungsverbot nach § 1o6 I 3 KO anzuwenden, d.h. diesem eine stärkere Wirkung als die einer Verfügungsbeschränkung nach §§ 135, 136 BGB beizulegen.

Ob die Voraussetzungen für eine solche Heranziehung des § 62 VglO vorliegen, d.h. ob § 62 VglO als Auslegungshilfe dienen kann oder ob wegen einer ausfüllungsbedürftigen Regelungslücke eine Analogie möglich ist, kann jedoch offenbleiben, da sie sich auf den rechtsgeschäftlichen Grundbuchverkehr nicht auswirken würde. Denn die analoge Anwendung des § 62 VglO auf § 1o6 I 3 KO hätte nur Einfluß auf den Mobiliarverkehr und Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung. Sie würde dagegen nicht dazu führen, daß die Unwirksamkeit der Schuldnerverfügungen von Amts wegen zu beachten wäre, da die relative Rechtsgestaltung - jedenfalls nach der überwiegend zu § 62 VglO vertretenen Meinung - erhalten bliebe.

c) Kein Entzug der Verfügungsbefugnis im Konkurseröffnungsverfahren

Das Argument, das gegen eine absolute Unwirksamkeit der einem allgemeinen Veräußerungsverbot nach §§ 59, 62 VglO wider-

---

1) Bley/Mohrbutter § 62 Rdn. 4 (anders noch Vorauflage Anm. 5 und 6); Güthe-Triebel § 13 Vorbem. 84; Kiesow § 53 Rdn. 4; MIR § 13 Vorbem. 168; Münchener Kommentar-Mayer-Maly § 135 Rdn. 3o; auch schon Entwurf einer Vergleichsordnung S. 75; anders wohl Böhle-Stamschräder VglO § 62 Anm. 2.

streitenden Verfügung vorgebracht wird, hier liege kein Entzug der Verfügungsmacht vor, ist auch bei der Frage nach der Wirkung des allgemeinen Veräußerungsverbots gemäß § 1o6 I 3 KO zu beachten.

Wenn Weber [1] und Berges [2] davon sprechen, daß die Verfügungen des Schuldners bei Bestehen eines allgemeinen Veräußerungsverbots nach § 1o6 I 3 KO entsprechend § 7 KO unwirksam seien, so berücksichtigen sie dabei nicht, worauf die Unwirksamkeitsfolge in § 7 KO beruht. Denn - wie der Streit um die Auslegung des § 7 KO zeigt - die absolute Unwirksamkeit der Verfügungen des Gemeinschuldners ergibt sich nicht klar aus dem Wortlaut des § 7 KO, sondern zu dieser Rechtsfolge gelangt man nur, indem man § 6 KO als Auslegungshilfe heranzieht [3]. In § 6 KO ist nämlich angeordnet, daß die Verfügungsmacht dem Gemeinschuldner entzogen und auf den Konkursverwalter übertragen wird.

Die Anordnung der absoluten Unwirksamkeit der Gemeinschuldner-Verfügungen nach § 7 KO hat also im wesentlichen den Sinn, dem nunmehr verfügungsberechtigten Konkursverwalter die ungestörte Ausübung seines Amtes zum Wohle der Konkursgläubiger zu ermöglichen.

Im Konkurseröffnungsverfahren gibt es demgegenüber noch keinen Sachverwalter, auf den die Verfügungsmacht übergehen kann.

Ob dies bei gleichzeitiger Sequesterbestellung anders zu beurteilen ist [4], soll hier offenbleiben, erscheint aber unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten (Art. 14 GG) fragwürdig, da ein solch schwerwiegender Eingriff in die Verfü-

---

1) § 1o6 Rdn. 4.

2) a.a.O. S. 4.

3) Siehe dazu oben S.

4) So Gerhardt 1oo Jahre KO S. 111 ff. (123) und Festschrift Flume S. 527 ff. (538 ff.); dagegen Uhlenbruck in Mentzel-Kuhn § 1o6 Rdn. 4.

gungsmacht doch wohl einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung bedürfte.

Wenn dennoch das - isoliert angeordnete - allgemeine Veräußerungsverbot im Konkurseröffnungsverfahren einen Verlust der Verfügungsmacht bewirkte, würden die Vermögensgegenstände des Schuldners zu res extra commercium [1], d.h. das Vermögen des Schuldners würde dem Rechtsverkehr entzogen, weil niemand die Verfügungsmacht darüber ausüben könnte.

Da aber ein Veräußerungsverbot, wie oben dargestellt, regelmäßig keine solch einschneidende Wirkung hat [2], ist davon auszugehen, daß der Gesetzgeber diese Wirkung ausdrücklich geregelt hätte, wenn er sie dem allgemeinen Veräußerungsverbot nach § 1o6 I 3 KO hätte beilegen wollen [3]. Somit ergibt sowohl die Auslegung des Begriffs "Allgemeines Veräußerungsverbot" als auch die Heranziehung des § 62 VglO als gesetzgeberische Parallelwertung einer vergleichbaren Interessenlage, daß eine Vorwegnahme der Konkursbeschlagnahme durch das allgemeine Veräußerungsverbot nicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht.

d) Keine Geltendmachung der Unwirksamkeit vor Konkurseröffnung

Aber noch ein weiterer Gesichtspunkt ist hier anzuführen, der einer Vorwegnahme der Konkurswirkung durch das allgemeine Veräußerungsverbot entgegensteht:

---

1) So auch Eickmann KTS 1974, 2o2 ff. (2o4) und GBVerfahrensrecht 5 § 3 IV (S. 12o); Gerhardt Festschrift Flume S. 527 ff. (538)

2) Die Behauptung Eickmanns GBVerfahrensrecht 5 § 3 IV (S.119), die Frage, ob ein VV einen Entzug der Verfügungsbefugnis bewirke, sei streitig und es habe sich keine herrschende Meinung herausgebildet, ist unrichtig. Die von ihm angeführten Zitatstellen (außer OLG Köln KTS 1971, 52) sprechen sämtlich von einer durch das VV bewirkten Verfügungsbeschränkung, nicht aber von einem Entzug der Verfügungsmacht.

3) Ebenso Eickmann KTS 1974, 2o2 ff.

In den Motiven zur Konkursordnung findet sich die Aussage, daß die Wirkung des allgemeinen Veräußerungsverbots durch die Konkurseröffnung bedingt sei [1].

Auch Seuffert [2] und andere Autoren seiner Zeit [3] gingen davon aus, daß das Veräußerungsverbot seine Wirkung erst mit Konkurseröffnung äußere.

Die Formulierung, daß seine Wirkung erst mit Konkurseröffnung eintrete, kann einmal bedeuten, daß dem Verbot widerstreitende Verfügungen des Gemeinschuldners erst mit Konkurseröffnung unwirksam werden.

Zum anderen kann aber auch mit dieser Aussage gemeint sein, daß die Unwirksamkeit der Verfügungen erst nach Konkurseröffnung geltend gemacht werden kann. Für letztere Auslegung spricht, daß als Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das allgemeine Veräußerungsverbot übereinstimmend relative Unwirksamkeit angenommen wurde. Diese bedarf jedoch der Geltendmachung und wird nicht von Amts wegen beachtet.

Heute sucht man vergeblich nach einer Aussage darüber, wann die Unwirksamkeit aufgrund des allgemeinen Veräußerungsverbots geltend gemacht werden kann. Es ist jedoch immer davon die Rede, daß der Konkursverwalter die Unwirksamkeit geltend zu machen habe [4]. So scheint also auch heute die Ansicht vorzuherrschen, daß die Unwirksamkeit erst nach Konkurseröffnung geltend gemacht werden könne.

Für eine Verlagerung der Geltendmachung auf die Zeit nach Konkurseröffnung sprechen im übrigen folgende Überlegungen:

---

1) Hahn Materialien S. 3oo

2) § 23 II (S. 143)

3) Schöller DJZ 19o2, 165 ff. (167); Strohal S. 68

4) Eickmann KTS 1974, 2o2 ff. (214); Jaeger-Weber § 1o6 Rdn. 7

Die Unwirksamkeit aufgrund eines Veräußerungsverbots muß grundsätzlich von allen Verbotsgeschützten geltend gemacht werden. Vor Konkurseröffnung steht aber noch nicht fest, wieviele zum Kreis der Verbotsgeschützten gehören, also Konkursgläubiger sind. Denn der Schuldner kann durch Eingehung neuer Verbindlichkeiten die Zahl der Konkursgläubiger ständig vermehren. Daran ist er durch das Veräußerungsverbot nicht gehindert, da dieses nur seine Verfügungsmacht einschränkt, nicht jedoch seine Verpflichtungsmacht [1]. Daher sprechen schon praktische Erwägungen gegen eine Geltendmachung vor Konkurseröffnung. Nach Konkurseröffnung bestehen insofern keine Probleme mehr, da der Konkursverwalter als Sachwalter aller Gläubiger für diese handeln kann.

Weiterhin ist zu berücksichtigen, daß das Veräußerungsverbot zu einem Zeitpunkt angeordnet wird, zu dem noch nicht feststeht, ob die Voraussetzungen für die Konkurseröffnung überhaupt vorliegen. Selbst eine überschlägige Prüfung der Erfolgsaussicht ist - anders als nach § 15 VglO - vor Anordnung des Veräußerungsverbots nicht erforderlich. Auch dieser Gesichtspunkt spricht dafür, die Geltendmachung der Unwirksamkeit erst zuzulassen, wenn die Konkurseröffnung erfolgt ist.

Wenn aber die Unwirksamkeit erst nach Konkurseröffnung geltend gemacht werden kann, ist schon aus diesem Grunde eine Vorwegnahme der Konkursbeschlagnahme durch das allgemeine Veräußerungsverbot ausgeschlossen.

e) Kein Zwang zur Neuinterpretation

Die vorstehenden Erwägungen zeigen, daß die neuere Auffassung von der vorweggenommenen Konkursbeschlagnahme mit den Intentionen des Gesetzgebers in Widerspruch steht.

---

1) Fricke MDR 1978, 99 ff. (100); Jaeger-Weber § 106 Rdn. 5; Ruhwedel JuS 1980, 161 ff. (166).

Sie ließe sich nur dann vertreten, wenn sich die Normsituation derart entscheidend verändert hätte, daß eine Neuinterpretation des Begriffs "Allgemeines Veräußerungsverbot" und eine Verschärfung seiner Wirkung in Richtung auf eine absolute Unwirksamkeit unbedingt vonnöten wäre.

Daß sich die Situation im Konkurs gegenüber den Verhältnissen, die der Gesetzgeber vor Augen hatte, entscheidend geändert hat, ist nicht zu bestreiten.

Ursache der heutigen "Krise des Konkurses" [1] ist vor allem die Tatsache, daß wegen der Masse an dinglichen Sicherheiten, die aus- oder abgesondert werden können, immer weniger zur Verteilung an die nicht dinglich gesicherten Gläuibger übrig bleibt und die Mehrzahl der Konkursanträge mangels Masse abgelehnt werden muß [2]. Dies ist jedoch kein Problem, das allein durch schärfere Sicherheitsmaßnahmen vor Konkurseröffnung gelöst werden könnte. Zwar ist zuzugeben, daß gerade im Konkurseröffnungsverfahren die Gläubiger verstärkt versuchen, noch dingliche Sicherheiten für ihre Forderungen zu erlangen. Zur Behebung dieser Misere ist aber ein absolutes Veräußerungsverbot nicht erforderlich. Denn diese Aktivität der Gläubiger beruht doch auf ihrer Kenntnis vom Konkursantrag, so daß in der Regel der Anfechtungstatbestand des § 3o Ziff. 1 KO vorliegen wird.

Wenn aber die Anfechtungsmöglichkeit klar ersichtlich ist, muß der durch die anfechtbare Handlung verlorengegangene Gegenstand bei der Ermittlung des Massebestandes der Aktiv-

---

1) So Arnold Rpfleger 1977, 385 ff.

2) Zur Zunahme masseunzulänglicher Insolvenzen und deren Ursache siehe Arnold Rpfleger 1977, 385 ff. (388); Kilger KTS 1975, 142 ff. und ZRP 1976, 19o ff.

masse zugerechnet werden [1], so daß die gegen das Veräußerungsverbot verstoßende Verfügung auch nicht etwa eine Ablehnung des Konkursantrags mangels Masse zur Folge hat.

Daß der im Eröffnungsverfahren drohenden Masseverringerung nur mit einer Verschärfung der Sicherungsmaßnahmen zu begegnen sei, kann somit nicht behauptet werden.

Eine Auslegung des Begriffs "Allgemeines Veräußerungsverbot" entgegen Wortlaut und Entstehungsgeschichte ist also auch nicht deshalb erforderlich, weil der Gesetzeszweck wegen der veränderten Verhältnisse nicht mehr erreicht werden könnte [2].

Festzuhalten ist daher, daß das allgemeine Veräußerungsverbot lediglich die Wirkung einer relativen Verfügungsbeschränkung hat.

II. Die Auswirkung des Veräußerungsverbots auf die Eintragungsvoraussetzungen

1. Auswirkung auf die Antragsbefugnis

Es bleibt nun zu prüfen, wie sich dieses allgemeine Veräußerungsverbot auf die Eintragungsvoraussetzungen im Grundbuchverfahren auswirkt.

Durch die Konkurseröffnung wird dem Gemeinschuldner, wie oben gezeigt [3], die Verfügungs- und Verwaltungsmacht und damit auch die Prozeßführungs- und Antragsbefugnis entzogen. Antragsbefugt ist nur noch der Konkursverwalter.

---

1) Jaeger-Weber § 1o7 Anm. 1; Mentzel-Kuhn § 1o7 Rdn. 1; Wolff § 1o7 Anm. 2.

2) Ebenso Eickmann KTS 1974, 2o2 ff. Fn. 23 (2o6).

3) Siehe oben S. 32 ff.

Bei der Anordnung eines allgemeinen Veräußerungsverbots wird aber dem Schuldner die Verwaltung und Verfügung über sein Vermögen nicht völlig entzogen, sondern lediglich seine Verfügungsmacht beschränkt. Somit wird seine Befugnis, Anträge zu stellen, durch die Anordnung des allgemeinen Veräußerungsverbots nicht berührt [1].

2. Auswirkung auf die Bewilligungsbefugnis

Es wird die Meinung vertreten, daß die Bewilligung des Schuldners nach Erlaß eines Veräußerungsverbots nicht mehr ausreiche, da die durch das Verbot Geschützten auch bewilligungsberechtigt seien [2]. Die Vertreter dieser Auffassung sehen Verfügungsbeschränkungen als dingliche Rechte an.

Abgesehen davon, daß im Konkursantragsverfahren Zahl und Namen der zukünftigen Konkursgläubiger noch gar nicht feststehen und es schon deshalb unmöglich sein dürfte, hier eine Bewilligung der Verbotsgeschützten zu erlangen, bestehen auch erhebliche Bedenken dagegen, das Veräußerungsverbot als dingliches Recht zu bezeichnen.

Inhalt eines dinglichen Rechts ist die Herrschaftsmacht über eine Sache [3], die den Charakter der Ausschließlichkeit gegenüber Dritten trägt [4]. Das Veräußerungsverbot hingegen gibt den Geschützten kein Recht, über das Grundstück zu

---

1) Dazu, daß die Prozeßführungsbefugnis durch den Erlaß eines allgemeinen Veräußerungsverbots nicht berührt wird, siehe Bleyer § 98 Anm. 2 a; Jaeger-Weber § 1o6 Rdn. 5; Kilger 1oo Jahre KO S. 189 ff. (2o6).
Ob etwas anderes für den Fall gilt, daß zugleich mit der Anordnung des Veräußerungsverbots ein Sequester eingesetzt wird (so wohl Fricke MDR 1978, 99 ff.), soll hier offenbleiben.

2) So Arnheim § 19 Rdn. 18; Hesse-Saage-Fischer § 19 III 1 a.

3) Baur Sachenrecht § 2 I 1 a (S. 6).

4) Wolff-Raiser § 2 I (S. 8).

verfügen, sondern dient nur dazu, Verfügungen des Schuldners abzuwehren. Zur Dinglichkeit eines Rechts gehört aber eine güterzuordnende Funktion [1]; es reicht nicht aus, daß das Recht lediglich der Sicherung und Abwehr dient.

Wenn das Veräußerungsverbot demnach also kein dingliches Recht ist, ist auch eine Bewilligung der Verbotsgeschützten nicht erforderlich. Denn betroffen im Sinne des § 19 GBO sind grundsätzlich nur Inhaber dinglicher Rechte [2].

Zwar hat das Reichsgericht für das gemäß § 52 GBO eingetragene Nacherbenrecht, das ebenfalls kein dingliches Recht ist, entschieden, daß der Nacherbe entsprechend § 19 GBO als Betroffener anzusehen sei [3]. Eine Anwendung des § 19 GBO auf andere als dingliche Rechte dürfte jedoch nur in begrenztem Umfang zulässig sein [4] und erscheint bezüglich des Veräußerungsverbots nach § 1o6 I 3 KO auch aus dem schon erwähnten Grunde nicht geboten, daß die Verbotsgeschützten nicht sämtlich bekannt sind.

Bewilligungsberechtigt bleibt daher trotz Anordnung eines allgemeinen Veräußerungsverbots allein der Schuldner [5].

3. Auswirkung auf die Eintragungserklärungen

Da die gegen das Veräußerungsverbot verstoßenden Verfügungen nur relativ unwirksam sind, hat das Grundbuchamt die Eintragungserklärungen des mit einem Veräußerungsverbot be-

---

1) Westermann § 2 II 1 (S. 7).
3) MIR § 19 Rdn. 57; Güthe-Triebel § 19 Rdn. 36.
3) RGZ 83, 434 (44o).
4) So auch MIR § 19 Rdn. 57.
5) Ebenso Weber GruchBeitr. 53, 352 ff. (381).

legten Schuldners als wirksam zu behandeln [1]. Übereinstimmung herrscht deshalb darin, daß das Grundbuchamt - wenn das Verfügungsverbot im Grundbuch vermerkt ist - auf Bewilligung oder Auflassungserklärung des Schuldners eine Eintragung vorzunehmen hat [2]. Den Verbotsgeschützten bleibt es dann überlassen, nach Konkurseröffnung durch den Konkursverwalter die Unwirksamkeit gemäß § 888 II BGB geltend zu machen.

III. Die Löschung eines schuldnereigenen Rechts nach Eintragung des Veräußerungsverbots

Umstritten ist, ob das eben Gesagte auch gilt, wenn der Schuldner die Löschung eines Rechts bewilligt hat.

Überwiegend wird die Auffassung vertreten, das Grundbuchamt dürfe eine dem Veräußerungsverbot widerstreitende Aufhebung eines Grundstücksrechts nicht eintragen, da der durch die Löschung entstehende Schaden irreparabel sei [3].

Dieses Argument gilt jedoch nicht für alle Löschungen von schuldnereigenen Rechten. Vielmehr ist hier zu differenzieren.

---

1) Eickmann KTS 74, 2o2 ff. (2o8); Münchener Kommentar-Mayer-Maly § 135 Rdn. 42; Soergel-Hefermehl § 136 Rdn. 14; Staudinger-Dilcher § 135 Rdn. 1o.

2) KG HRR 1934 Nr. 1o95; Güthe-Triebel Vorbem. vor 2. Abschn. Rdn. 7o; Horber § 22 Anm. 7 C a; Kretzschmar ZBlfG 2, 812 ff. (816); MIR § 13 Vorbem. 122.

3) Güthe-Triebel Vorbem. vor 2. Abschn. Rdn. 74; Eickmann KTS 1974, 2o2 ff- (211); Hesse-Saage-Fischer § 19 Anm. III 1 a; Horber § 22 z C a; MIR § 13 Vorbem. 122; Planck-Strecker Vorbem. vor § 873 VII 2 c; Soergel-Hefermehl § 136 Rdn. 8; bezüglich Verfügungsbeschränkung durch Nacherbschaft RGZ 65, 214 (219); 1o2, 332 (336).

Handelt es sich um eine Eigentümergrundschuld des Schuldners, also um ein Recht, das auf seinem eigenen Grundstück lastet, entsteht durch die Löschung für die Konkursgläubiger kein irreparabler Nachteil.

Zwar verstößt auch die Löschung einer Eigentümergrundschuld gegen die Interessen der Konkursgläubiger. Denn bei der Verwertung des Grundstücks würde auch auf die Eigentümergrundschuld ein Teil des Erlöses fallen [1] und damit die Konkursmasse vermehrt. Da aber das Veräußerungsverbot in Abteilung II des Grundbuchs vermerkt ist, kann auch nach Löschung die Unwirksamkeit der Aufhebung eines dem Eigentümer zustehenden Rechtes geltend gemacht werden. Der gutgläubige Erwerb des Vorrangs durch einen neuen Grundpfandrechtsgläubiger ist also ausgeschlossen.

Steht dem Schuldner dagegen ein Recht an einem fremden Grundstück zu, ist die Sachlage anders.

Wird das Recht gelöscht, so werden auch sämtliche zu diesem Recht gehörigen Eintragungen, auch die des Veräußerungsverbots, gerötet, d.h. die Eintragungen sind als nicht mehr existent zu behandeln [2].

Durch die Löschung des Rechtes nebst Vermerk des Veräußerungsverbots wird das Grundbuch unrichtig, da die beschränkte Wirksamkeit der Löschung nicht mehr aus dem Grundbuch ersichtlich ist. An die Löschung könnte sich somit der gutgläubige Erwerb eines Rechtes mit dem Rang des gelöschten Rechtes anschließen.

Es besteht auch keine Möglichkeit, das Veräußerungsverbot unabhängig vom gelöschten Recht im Grundbuch kenntlich zu

---

1) Steiner-Riedel § 172 Anm. 6; Zeller § 1 Rdn. 8 (4).

2) Siehe § 17 II 2 GBVfg.

machen [1], da das System des Eintragungsverfahrens dies nicht zuläßt.

Wenn dem Grundbuchamt aber bekannt ist, daß die vorzunehmende Eintragung das Grundbuch unrichtig machen würde, kann es sich nicht mehr auf das formelle Konsensprinzip zurückziehen und die Eintragung aufgrund der Bewilligung des Schuldners vornehmen. Es hat vielmehr das Legalitätsprinzip zu beachten, wonach eine Eintragung auch bei Vorliegen aller förmlichen Eintragungsvoraussetzungen dann nicht vorgenommen werden darf, wenn durch die Eintragung mit Sicherheit eine Unrichtigkeit des Grundbuchs herbeigeführt würde.

Hat das Grundbuchamt also durch die Eintragung des Veräußerungsverbots von der Wirksamkeitsbeschränkung der Schuldnerverfügungen Kenntnis, darf es nicht daran mitwirken, diese Verfügungsbeschränkung durch Löschung des Rechts wirkungslos zu machen.

Gleiches könnte gelten für eine inhaltliche Einschränkung des mit dem Veräußerungsverbot belasteten Rechts, z.B. eine Zinsherabsetzung oder eine Rangverschlechterung [2], denn auch in diesen Fällen wird der geänderte Teil der Eintragung gerötet.

Hier bleibt jedoch die Eintragung des Veräußerungsverbots unberührt, so daß unter Berufung auf das bei Inhaltsänderung schon eingetragene Veräußerungsverbot deren Unwirksamkeit jederzeit geltend gemacht werden könnte.

Festzuhalten ist somit, daß das Grundbuchamt wegen des Veräußerungsverbots nicht jede Löschung eines Schuldner-Rechts ablehnen kann. Vielmehr darf die Löschung nur dann

---

1) So bezüglich Nacherbenvermerk RGZ 65, 214 (219); 1o2, 332 (337); KGJ 22 A 316

2) So Hesse-Saage-Fischer § 19 Anm. III 1 a

abgelehnt werden, wenn es sich um ein Recht des Schuldners an einem fremden Grundstück handelt und die Voraussetzungen der §§ 878, 875 II BGB nicht vorliegen.

Insoweit kommt im Grundbuchverkehr die Wirkung des Veräußerungsverbots der Wirkung eines Entzugs der Verfügungsmacht gleich.

Die unterschiedliche Behandlung von Löschungen und Neueintragungen beruht allerdings nur darauf, daß die Kenntlichmachung des Veräußerungsverbots unabhängig von dem betroffenen Recht nicht durchführbar ist.

Die rechtliche Wirkung des Veräußerungsverbots bleibt aber bei Löschungen und Neueintragungen dieselbe: die Verfügungen sind nur relativ und nicht etwa entsprechend § 7 KO absolut unwirksam.

IV. Die Behandlung von Eintragungsanträgen vor Eintragung des Veräußerungsverbots

1. Die Behandlung von Anträgen auf Übertragung, Belastung und Veränderung

Die bisherigen Überlegungen wurden unter dem Gesichtspunkt angestellt, daß das Veräußerungsverbot bereits im Grundbuch vermerkt ist.

Im folgenden soll untersucht werden, wie das Grundbuchamt vorzugehen hat, wenn das Veräußerungsverbot noch nicht aus dem Grundbuch ersichtlich, aber bekannt ist.

Überwiegend wird bezüglich der Behandlung relativer Verfügungsbeschränkungen im Grundbuchverkehr die Auffassung vertreten, eine dem Verbot widerstreitende Verfügung dürfe

nicht eher eingetragen werden, bis das Verfügungsverbot im Grundbuch vermerkt sei [1]. Ausgenommen werden allerdings die Fälle, in denen § 878 BGB eingreift [2].

Man beruft sich auch insoweit auf das Legalitätsprinzip und hält ein solches Vorgehen für geboten, um eine Unrichtigkeit des Grundbuchs zu vermeiden.

Wie oben dargestellt, gibt das Legalitätsprinzip wegen der grundsätzlichen Geltung des formellen Konsensprinzips dem Grundbuchamt aber nur in Ausnahmefällen ein erweitertes Prüfungsrecht, nämlich nur dann, wenn das Grundbuchamt positive Kenntnis davon hat, daß das Grundbuch mit der Eintragung unrichtig wird.

Eine solche positive Kenntnis kann jedoch im Falle eines nicht eingetragenen Veräußerungsverbots nur ausnahmsweise vorliegen. Denn hier besteht gemäß § 892 I 2 BGB die Möglichkeit gutgläubigen Erwerbs. Wird aber das einzutragende Recht gutgläubig ohne die Wirksamkeitsbeschränkung erworben, tritt keine Unrichtigkeit des Grundbuchs ein. Das Grundbuchamt könnte nur dann positive Kenntnis vom Eintritt der Unrichtigkeit des Grundbuchs haben- die hier in der fehlenden Verlautbarung der beschränkten Wirksamkeit besteht- wenn es die Bösgläubigkeit des Erwerbers kennt. Da dies nur in den seltensten Fällen vorkommen wird, kann das Grundbuchamt in der Regel nicht davon ausgehen, daß eine dem nicht einge-

---

1) So KG JFG 18, 2o5 (2o7); Güthe-Triebel Vorbem. vor 2. Abschn. Rdn. 7o; Horber § 22 Anm. 7 C a; MIR § 13 Vorbem. 122; Soergel-Hefermehl § 136 Rdn. 18; Staudinger-Dilcher § 135 Rdn. 13.

2) Güthe-Triebel Vorbem. vor 2. Abschn. Rdn. 74; MIR § 13 Vorbem. 122, 125.

tragenen Veräußerungsverbot widerstreitende Eintragung das Grundbuch unrichtig macht und die Eintragung ablehnen [1].

Die Ablehnung der Eintragung kann auch nicht damit begründet werden, daß die bestehende Unrichtigkeit des Grundbuchs, die aus der Nichteintragung des Veräußerungsverbots folgt [2], beseitigt werden müsse, da das Grundbuchamt - wie oben dargestellt [3] - nicht von Amts wegen das Grundbuch berichtigen kann.

Man mag hier einwenden, für den Fall der Konkurseröffnung sei aber die gegenteilige Meinung vertreten worden, da dort die Berücksichtigung der gutgläubigen Erwerbsmöglichkeit abgelehnt wurde.

Die unterschiedlichen Lösungen beruhen jedoch auf den unterschiedlichen Wirkungen von Konkurseröffnung und Veräußerungsverbot. Während diese zum Entzug der Verfügungsmacht führt, bewirkt jenes nur relative Unwirksamkeit der Verfügungen, die nicht von Amts wegen zu beachten ist, sondern nach Konkurseröffnung geltend gemacht werden muß. Daher werden durch die Konkurseröffnung die Eintragungserklärungen unwirksam, während das allgemeine Veräußerungsverbot die Wirksamkeit von Auflassung und Bewilligung nicht berührt, solange die Unwirksamkeit noch nicht geltend gemacht worden ist.

Im Konkurs muß die Eintragung schon wegen fehlender Eintragungsvoraussetzungen abgelehnt werden. Somit kommt das Legalitätsprinzip in diesem Fall gar nicht zum Tragen.

---

1) Ebenso im Ergebnis Eickmann KTS 1974, 2o2 ff. und GBVerfahrensrecht 5 § 3 IV (S. 12o ff.)

2) Dazu, daß die fehlende Eintragung der Verfügungsbeschränkung das Grundbuch unrichtig macht, Weber Gruch Beitr. 53, 352 ff. (381).

3) Siehe oben S. 66.

Da durch ein allgemeines Veräußerungsverbot hingegen die Wirksamkeit der Eintragungsvoraussetzungen nicht beeinträchtigt wird, kann eine Ablehnung der Eintragung nur erfolgen, wenn das Legalitätsprinzip eingreift, wenn also das Grundbuchamt positiv weiß, daß das Grundbuch durch die beantragte Eintragung unrichtig würde.

Als weiteres Argument gegen eine Eintragung vor Vermerk des Veräußerungsverbots ist vorgebracht worden, daß Konkursgericht und Grundbuchamt nicht gegeneinander arbeiten dürften [1]. Das Grundbuchamt müsse also mithelfen, gutgläubigen Erwerb entgegen dem Veräußerungsverbot zu verhindern.

Damit wird aber vom Grundbuchamt eine Tätigkeit verlangt, die über die Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen und die Anwendung des Legalitätsprinzips hinausgeht. Eine solche Tätigkeit ist jedoch nicht Aufgabe des Grundbuchamts. Das Grundbuchamt ist nicht dazu da, um Erwerb zu verhindern, sondern um ihn zu ermöglichen. Es darf daher nur dann eine Eintragung ablehnen, wenn die im Interesse der Rechtssicherheit fest umrissenen Eintragungsvoraussetzungen nicht vorliegen oder ausnahmsweise dem Grundbuchamt bekannt ist, daß das Grundbuch durch die Eintragung unrichtig würde.

Gegen eine Eintragung vor Vermerk des Veräußerungsverbots ließe sich weiterhin vorbringen, daß, wie oben dargestellt [2], gutgläubiger Erwerb erst dann beachtet werden muß, wenn er erfolgt ist. Hier geht es jedoch nicht um die Frage, ob

---

1) So KG JFG 18, 2o5 ff. (2o8).

2) Siehe oben S. 62 ff.

gutgläubiger Erwerb als geschehen zu behandeln ist und daher über die Unwirksamkeit von Einigung bzw. Bewilligung hinweggesehen werden kann. Hier geht es vielmehr darum, ob trotz wirksamer Eintragungserklärungen die Eintragung abgelehnt werden darf. Dies ist aber nur dann zulässig, wenn mit Sicherheit abzusehen ist, daß kein gutgläubiger Erwerb erfolgt. Denn nur dann steht fest, daß das Grundbuch durch die Eintragung unrichtig wird.

Das erzielte Ergebnis erscheint auch angesichts folgender Überlegungen gerechtfertigt:

Nach der herrschenden Meinung muß einem Eintragungsantrag stattgegeben werden, wenn vorher oder zumindest gleichzeitig das Veräußerungsverbot im Grundbuch vermerkt wird.

Der Antragsteller, der zunächst wegen fehlender Eintragung des Veräußerungsverbots abgewiesen worden ist, könnte also seinen Antrag wiederholen, sobald das Ersuchen nach § 113 KO vorliegt. Dabei geht er aber das Risiko ein, daß ihm bereits andere Antragsteller zuvorgekommen sind und der erstrebte Rang nicht mehr zu erreichen ist.

Für den Fall, daß der Konkurs tatsächlich eröffnet wird, wäre die Rangstelle zwar bedeutungslos, da der Konkursverwalter die Unwirksamkeit aller nach Vermerk des Veräußerungsverbots eingetragenen Rechte geltend machen müßte.

Berücksichtigt man jedoch, daß in der Mehrzahl der Fälle der Konkursantrag abgelehnt wird, läßt sich nicht mehr rechtfertigen, warum gerade der Antragsteller, dem der Erlaß eines allgemeinen Veräußerungsverbots möglicherweise nicht bekannt ist, ein solches Risiko des Rangverlustes eingehen muß, während diejenigen, denen das Veräußerungsverbot aus dem Grundbuch bekannt ist, die gewollte Rangstelle erhalten [1].

---

1) Ebenso das Beispiel von Eickmann KTS 1974, 2o2 ff. (2o9).
Nicht überzeugend dagegen das weitere von Eickmann a.a.O. angeführte Beispiel. Er übersieht dabei, daß § 878 BGB auch für die Wirksamkeit der dem Veräußerungsverbot widerstreitenden Verfügungen von Bedeutung ist.

2. Die Behandlung von Löschungsanträgen

Das vorstehend Ausgeführte gilt nicht, soweit die Aufhebung eines Schuldner-Rechts eingetragen werden soll. Hier kommt nämlich ein gutgläubiger Erwerb unmittelbar durch die Eintragung nicht in Frage. Vielmehr könnten nur nachträglich erwerbende Grundpfandgläubiger oder ein Erwerber des Grundstücks gutgläubig einen besseren Rang bzw. ein weniger belastetes Grundstück erwerben. Denn § 892 BGB wirkt im Falle einer unrechtmäßigen Löschung nicht zugunsten der nachrangigen Berechtigten, die zur Zeit der Löschung bereits eingetragen waren [1].

Wenn aber kein gutgläubiger Erwerb möglich ist, steht fest, daß durch die Löschung des Schuldner-Rechts trotz bestehenden Veräußerungsverbots das Grundbuch unrichtig wird, da es die Wirksamkeitsbeschränkung der Verfügung nicht ausweist. Somit darf nach dem Legalitätsprinzip die Löschung nicht erfolgen.

Allerdings ist in diesem Fall auch die Vorschrift des § 878 BGB zu beachten. Nach dieser Vorschrift wirkt sich die Verfügungsbeschränkung nicht mehr aus, wenn die Aufhebungserklärung bindend war und der Antrag auf Löschung vor Erlaß der Verfügungsbeschränkung gestellt wurde.

§ 878 BGB ist unmittelbar auf das allgemeine Veräußerungsverbot nach § 1o6 KO anwendbar [2]. Einer Verweisung in der Konkursordnung bedurfte es nicht, da das allgemeine Veräußerungsverbot, anders als die Konkurseröffnung, nicht den Entzug der Verfügungsbefugnis zur Folge hat, sondern eine

---

1) Staudinger-Seufert § 892 Rdn. 71; Wolff-Raiser § 41 IV 2 (S. 133)

2) Unklar Mentzel-Kuhn § 113 Rdn. 4, der ausführt, daß es hier nicht der Anwendung des § 878 BGB bedürfe, da der Schuldner seine Verfügungsbefugnis behalten habe.

echte Verfügungs"beschränkung" im Sinne des § 878 BGB darstellt.

Wenn § 878 i.V.m. § 875 II BGB eingreift, ist die vom Gemeinschuldner bewilligte Aufhebung eines Rechtes nicht relativ unwirksam, so daß die Löschung keine Unrichtigkeit des Grundbuchs herbeiführt. Das Grundbuchamt darf also den Antrag auf Löschung nur dann ablehnen, wenn nicht die Voraussetzungen der §§ 878, 875 II BGB nachgewiesen sind.

V. Die Entscheidung des Grundbuchamts nach § 18 GBO

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, daß das Grundbuchamt grundsätzlich Eintragungsanträgen stattzugeben hat, auch wenn der Verfügende mit einem Veräußerungsverbot nach § 1o6 I 3 KO belegt ist.

Fraglich ist, wie das Grundbuchamt auf das Eintragungshindernis in den erwähnten Ausnahmefällen zu reagieren hat. Muß auch hier, wie im Fall der Konkurseröffnung, grundsätzlich eine Zwischenverfügung erlassen werden? [1]

Mentzel-Kuhn [2] schlagen vor - allerdings nicht nur für die Ausnahmefälle -, die Anträge liegen zu lassen und den Beschluß des Konkursgerichts über die Eröffnung abzuwarten.

Eine solche Behandlung der Anträge entspricht jedoch nicht den Grundsätzen eines geordneten Grundbuchverfahrens. Aus § 18 GBO ergibt sich vielmehr, daß das Grundbuchamt auch bei Vorliegen eines Eintragungshindernisses nicht untätig bleiben darf, sondern entweder eine Zwischenverfügung erlassen oder den Antrag zurückweisen muß. Ein Liegenlassen der An-

---

1) Dazu oben S. 71 ff.

2) § 113 Rdn. 4

träge oder eine Aussetzung des Verfahrens ist unstatthaft [1].

Es ist daher zu prüfen, ob die Voraussetzungen für den Erlaß einer Zwischenverfügung bei dem Antrag eines bösgläubigen Erwerbers und beim Löschungsantrag vorliegen. Dann müßte entweder das Hindernis behebbar sein oder der Grundsatz des rechtlichen Gehörs müßte den Erlaß einer Zwischenverfügung erfordern.

Grundsätzlich kann die Verfügungsbeschränkung durch Genehmigung des Verbotsgeschützten aufgehoben werden [2]. Im Konkurseröffnungsverfahren ist jedoch eine solche Genehmigung nicht zu erlangen, da in der Regel nicht sämtliche Verbotsgeschützten bekannt sind [3]. Das Grundbuchamt kann daher davon ausgehen, daß eine Behebung des Eintragungshindernisses nicht möglich ist und ist somit aus diesem Grunde nicht zum Erlaß einer Zwischenverfügung verpflichtet.

Im Fall der Löschung könnte jedoch die Verpflichtung, rechtliches Gehör zu gewähren, zu einem anderen Ergebnis führen, nämlich dann, wenn die Löschung vom Eigentümer des belasteten Grundstücks beantragt wird [4]. Da nicht davon ausgegangen werden kann, daß diesem das Veräußerungsverbot bekannt ist, solange es noch nicht im Grundbuch vermerkt ist, könnte es erforderlich sein, ihm nach dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs die Möglichkeit zu geben, sich auf die veränderte Sachlage einzustellen und den Antrag zurückzunehmen.

---

1) KG DNotZ 193o, 493 (494); KG JW 1932, 289o; Hesse-Saage-Fischer § 18 Anm. I; Horber § 18 Anm. 1; MIR § 13 Anm. 14.

2) Erman-H.Westermann Einl. § 1o4 Rdn. 23.

3) Ebenso Eickmann KTS 74, 2o2 ff. Fn. 44 (S. 211).

4) Dazu, daß auch dem Eigentümer ein Antragsrecht zusteht, Güthe-Triebel § 13 Rdn. 49; Horber § 13 Anm. 9 C; MIR § 13 Anm. 45.

Jedoch wäre es sinnwidrig, eine Zwischenverfügung allein zu dem Zweck zu erlassen, um eine Zurücknahme des Antrags zu erreichen. Denn die durch dieses Vorgehen ausgelöste Rangwahrung ist nicht gerechtfertigt [1]. Hier muß vielmehr den Belangen des Antragstellers dadurch Rechnung getragen werden, daß gemäß § 13o V KostO die durch die Antragstellung entstandenen Kosten außer Ansatz bleiben.

Sowohl im Fall der dem Grundbuchamt bekannten Bösgläubigkeit des Erwerbers als auch im Fall der Löschung eines Schuldner-Rechts muß somit auf das Eintragungshindernis gemäß § 18 GBO durch Zurückweisung des Antrags reagiert werden.

Zusammenfassend läßt sich folgendes sagen: Nach der hier vertretenen Ansicht wirft der Erlaß eines allgemeinen Veräußerungsverbotes im Grundbuchverfahren kaum Probleme auf, da grundsätzlich das allgemeine Veräußerungsverbot die Eintragungspflicht des Grundbuchamts nicht berührt und die wenigen Ausnahmefälle, in denen zurückgewiesen werden muß, klar erkennbar sind.

Das Verfahren nach der herrschenden Meinung, die eine Eintragung verbietet, solgange das Veräußerungsverbot noch nicht im Grundbuch vermerkt ist, ist demgegenüber schwieriger zu handhaben. Denn hier ist in jedem Fall zu prüfen, ob die Voraussetzungen der §§ 878, 873 II BGB nachgewiesen sind, da bei Nachweis dieser Voraussetzungen die Eintragung nicht abgelehnt werden darf.

---

1) Ähnlich KGJ 37 A 212.

VI. Ergebnis

Bei Vorliegen eines allgemeinen Veräußerungsverbots nach § 1o6 I 3 KO gestaltet sich das Grundbuchverfahren wie folgt:

Ist das Veräußerungsverbot bereits eingetragen, muß das Grundbuchamt alle beantragten Eintragungen vornehmen. Eine Ausnahme besteht nur bezüglich der Löschung von Schuldner-Rechten an Grundstücken eines Dritten. Solche Löschungsanträge müssen zurückgewiesen werden, soweit die Voraussetzungen des § 878 BGB nicht vorliegen.

Ist das Veräußerungsverbot nicht eingetragen, aber dem Grundbuchamt bekannt, muß das Grundbuchamt grundsätzlich ebenfalls die beantragten Eintragungen vornehmen.

Dies gilt nicht, wenn dem Grundbuchamt die Bösgläubigkeit des Erwerbers bekannt ist oder wenn es sich um die Löschung eines Schuldner-Rechts handelt. In beiden Ausnahmefällen muß die Eintragung aber dann erfolgen, wenn die Voraussetzungen des § 878 BGB nachgewiesen sind. Im übrigen ist in den Ausnahmefällen der Antrag zurückzuweisen.

Lebenslauf

Am 1.1.1949 wurde ich in Rheinberg geboren als Tochter des Elektrikers Hans Hahnen und seiner Ehefrau Sibylle geb. Schmithüsen. Von 1955 bis 1959 besuchte ich die katholische Volksschule in Büderich bei Wesel, anschließend das Amplonius-Gymnasium in Rheinberg, an dem ich im Juli 1967 die Reifeprüfung ablegte. Ab 1.9.1967 war ich Rechtspflegeranwärterin im Landgerichtsbezirk Duisburg. Die Rechtspflegerprüfung bestand ich am 3o.11.197o. Im Sommersemester 1971 nahm ich das Jurastudium an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität in Bonn auf, das ich im Mai 1975 mit der ersten juristischen Staatsprüfung abschloß.
Das Assessorexamen legte ich im März 1978 ab. Während des Studiums und der Referendarzeit sowie von April 1978 bis Januar 1979 war ich am Institut für Zivilprozeßrecht der Universität Bonn bei Professor Dr. Hans-Friedhelm Gaul als Hilfskraft tätig.
Seit dem 1.2.1979 bin ich Richterin am Arbeitsgericht Siegburg.
Seit dem 18.7.198o bin ich verheiratet.